

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.217 - DF (2019/0242699-2)

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : TIM CELULAR S.A
ADVOGADO : CRISTIANO CARLOS KOZAN - SP183335
ADVOGADA : FERNANDA LOPES CORRÊA - DF037357
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA CELULAR. TIM. PLANO INFINITY. LIGAÇÕES DERRUBADAS. OCORRÊNCIA. ANATEL. LITISCONSÓRCIO. INEXISTÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO. ATUAÇÃO. DANO INDIVIDUAL. CONDENAÇÃO GENÉRICA. MÁ-FÉ. DOLO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. VALOR PROPORCIONAL. MANUTENÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Não se reconhece a negativa de prestação jurisdicional alegada quando o acórdão recorrido dirime todas as questões submetidas a julgamento, proferindo decisão suficientemente motivada e coerente acerca de todos os temas invocados nos embargos declaratórios opostos pela recorrente.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende não haver litisconsórcio passivo necessário com a ANATEL, nos termos do art. 47 do CPC/2015, nas hipóteses em que o objeto da ação civil é a proteção da relação de consumo existente entre os usuários e a empresa de telefonia e não as normas editadas pela autarquia federal em demanda cujo resultado vai interferir na sua esfera jurídica.

4. A alegação de ser indevida a atuação do Poder Judiciário na hipótese, tendo em vista que somente seria possível a intervenção judicial na atuação da órgão regulador quando observada a sua inércia no tocante ao dever de fiscalização, foi trazida ao processo apenas no presente apelo nobre, não tendo sido submetida ao crivo das instâncias ordinárias, o que caracteriza evidente inovação recursal, bem como a ausência do prequestionamento.

5. No caso, conforme reconhecido pela recorrente, o TJDFT concluiu que não houve a inversão do ônus da prova no momento da sentença, como técnica de julgamento, tal como alegado, a atrair os óbices contidos nas Súmulas nº 284/STF e nº 7/STJ.

6. A responsabilidade do fornecedor de serviço nas relações de consumo é objetiva e, por isso, prescinde da apuração do aspecto volitivo do fornecedor do serviço, sendo fundamental apenas a apuração da conduta e da existência do nexo de causalidade entre esta e o dano imposto ao consumidor. Na hipótese, é incontestável a presença de tais elementos.

7. A impossibilidade de se aferir, individualmente, a extensão do prejuízo material causado a cada consumidor lesado pela prática abusiva comprovada nos autos não significa a impossibilidade de se estabelecer, mediante parâmetros técnicos e proporcionais, uma adequada indenização, o que, no caso, deverá ocorrer na fase de liquidação, nos termos dos arts. 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor.

8. A adequada publicidade dos atos processuais é imprescindível nas ações civis públicas, a fim de possibilitar aos substituídos processuais o exercício do direito genérico contido na sentença de procedência da ação coletiva de consumo.

9. O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera

Superior Tribunal de Justiça

extrapatrimonial de determinada comunidade, ocorre quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva. No presente caso, essa agressão se mostra evidente, atingindo um grau de reprovabilidade que transborda os limites individuais, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais.

10. A conduta da recorrente provocou prejuízo direto a todos aqueles que aderiram ao Plano Infinity ofertado e indireto a todos os concorrentes.

11. Ponderados os critérios invocados pela Corte local, não se vislumbra uma flagrante desproporção entre o montante indenizatório fixado e a gravidade do dano imposto à coletividade de consumidores no caso concreto a justificar a necessidade da excepcional intervenção por parte do Superior Tribunal de Justiça.

12. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de abril de 2021(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.217 - DF (2019/0242699-2)
RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
RECORRENTE : TIM CELULAR S.A
ADVOGADO : CRISTIANO CARLOS KOZAN - SP183335
ADVOGADA : FERNANDA LOPES CORRÊA - DF037357
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por TIM CELULAR S.A., fundamentado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios assim ementado:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA CELULAR. TIM. PLANO INFINITY. DERRUBADA DAS LIGAÇÕES. OCORRÊNCIA. AÇÃO CULPOSA E POSTERIORMENTE DOLOSA. DANO INDIVIDUAL. CONDENAÇÃO GENÉRICA. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DO VALOR. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Carece interesse da Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL a justificar o deslocamento do feito à Justiça Federal, vez que, no caso, o Ministério Público ajuizou a presente ação civil pública em desfavor de TIM CELULAR S/A sob o argumento de que referida concessionária de telefonia móvel teria praticado ato ilícito consistente na 'derrubada' proposital de ligações com o intuito de obter lucro. Tal ilícito civil não se refere a nenhuma ação regulatória específica da ANATEL, mas de violação aos direitos dos consumidores, cuja competência deve ser da Justiça comum estadual.

2. A inversão do ônus da prova opera-se a critério do juiz e constitui uma regra de instrução e não de julgamento, haja vista que as partes não podem ser surpreendidas com inversão do ônus probatório somente por ocasião do julgamento da causa, porquanto estar-se-ia vulnerando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

3. No caso, em que pese o equívoco da sentença que inverteu somente em sentença o ônus da prova, tal situação jurídica não foi aplicada quanto à verificação da prática da má prestação de serviço por parte da ré-apelante, haja vista que o magistrado afirmou nesse capítulo da sentença que o ato ilícito estava provado por meio dos documentos acostados aos autos, fazendo inclusive referência a específica a eles, o que afasta qualquer nulidade quanto à questão probatória.

4. No PADO n. 53504.026837/2010, no qual foram realizadas mais de uma fiscalização, não se constatou a derrubada proposital das chamadas do plano Infinity, mas um defeito na qualidade do serviço decorrente do sistema de proteção às fraudes, o que impediu que a TIM entregasse aos consumidores o que foi por eles contratado nos termos da ampla campanha publicitária veiculada

Superior Tribunal de Justiça

pela ré, consistente em ligações com duração ilimitadas com a cobrança apenas no primeiro minuto. A TIM, quanto a esse particular, apontou em sua defesa perante o agente regulador que tal aplicação foi cessada em 2010. Em razão dos danos aos consumidores, cuja amostragem se deu em 12.8.2010, a ré foi multada. No PADO n. 53500.006169/2011, iniciado a partir de demanda do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que visava investigar as denúncias de 'derrubada' proposital das ligações do plano Infinity no Distrito Federal, constatou-se que, de fato, no período de amostragem de 25.11.2010 a 18.3.2011, a ré derrubava de maneira proposital as chamadas com duração superior a 1 hora e 20 minutos dos planos Infinity, vez que tal prática se dava de maneira quase padronizada, dentro da mesma rede, sem que tivesse havido deslocamento do consumidor, o qual, em razão da queda da ligação, era forçado a efetuar nova chamada segundos depois, redundando em nova cobrança. Essa ação da ré, como se percebe pelo que foi decidido pelo órgão regulador, não se deu por culpa ou má qualidade de serviço, mas por ação deliberada, vez que não prosperaram nenhum de seus argumentos defensivos. Ademais, tal prática ocorreu após alegada cessão no ano de 2010, vez que a amostragem se deu entre novembro de 2010 e março de 2011, quando, segundo a ré, já havia cessado com a aplicação de derrubada de ligações dentro do sistema de combate a fraudes. Destarte, o fato alegado na inicial, no sentido de que a ré derrubava intencionalmente as ligações dos planos Infinity, após 1 hora e 20 minutos de duração, está suficientemente provado, de sorte que está demonstrado o ato ilícito praticado pela ré, o qual, obviamente, violou os consumidores clientes que tiveram que efetuar nova ligação com o custo do primeiro minuto, bem como toda a coletividade que foi exposta às agressivas campanhas publicitárias que prometiam ligações com duração ilimitada, sem interrupções, com a cobrança apenas do primeiro minuto. Nota-se, portanto, que em agosto de 2010, quando da primeira amostragem, a interrupção das ligações após certo tempo de duração ocorreu por ação ao menos culposa da ré, que mantinha sistema de combate a fraudes que interrompia as chamadas. De novembro de 2010 a março de 2011, período de amostragem do segundo PADO acima referido, a descontinuidade do serviço se deu de maneira dolosa quanto aos planos Infinity após 1 hora e 20 minutos de duração da chamada, o que obviamente impõe responsabilidade à empresa ré fornecedora ante a sua prática abusiva e ilícita, tanto no plano individual como coletivo, que de culposa tornou-se dolosa e discriminatória, como se observa no período de amostragem no PADO n. 53500.006169/2011. Assim, de forma inicialmente culposa e posteriormente dolosa, a ré promoveu a descontinuidade de serviço essencial que é a telefonia, sobretudo aqueles relacionados aos planos Infinity, nos quais os usuários tiveram que fazer nova ligação em seguida para prosseguirem na comunicação anteriormente iniciada, com inequívoco prejuízo quanto a eles e, por sua vez, lucro, por parte da TIM. Ademais, tal proceder violou, como dito, a mais não poder também toda a coletividade alcançada pela publicidade enganosa difundida a quatro ventos pela ré, como se pode ver às fls. 74 e seguintes dos autos. Desse modo, a TIM violou os incisos IV e VI do artigo 6º, artigo 20, artigo 22 e artigo 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual deve ser responsabilizada por sua conduta ilícita nos planos individual e coletivo.

5. No plano individual, é inequívoco o dano causado aos consumidores, além de serem vítimas da propaganda enganosa, tiveram que refazer a ligação para continuar a chamada em virtude da interrupção culposa e/ou dolosa do serviço, mormente àqueles integrantes dos planos Infinity, arcando novamente com o

Superior Tribunal de Justiça

custo do primeiro minuto de ligação. Como já anotado, no Informe de fls. 942/953, a ANATEL apurou que, no período de seis horas no dia 12.8.2010, 26.277 (vinte e seis mil e duzentos e setenta e sete) usuários foram vítimas da ação da ré ao interromper a ligação. Ademais, no Informe de fls. 937/940, a ANATEL apurou que, no universo de amostragem de 48 usuários que tinham tempo superior a 4700 segundos de conexão, 8 (o que totaliza 19,89%) tiveram dolosamente interrompidas suas chamadas, o que releva, em termos percentuais, um número elevado, muito embora não tenha sido considerado para fins de aplicação da multa quando comparado com o total de usuários no Distrito Federal que no período de amostragem era de 4.467.488 (quatro milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e quatrocentos e oitenta e oito) (fls. 939 -verso). Por outro lado, como não é possível identificar todos os consumidores lesados com a interrupção culposa e dolosa das ligações e que foram obrigados a efetuar nova ligação, pagando o custo o primeiro minuto, impõe-se, como postulado pelo Ministério Público, a condenação genérica da ré em pagar os danos materiais experimentados pelos consumidores com tal prática abusiva e ilegal, nos termos do artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor.

6. De outra parte, o dano praticado pela ré por meio de sua conduta culposa e dolosa extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a comunidade que foi vítima de sua publicidade enganosa e abusiva, já que havia a interrupção das ligações. Essa situação revela a ocorrência também de um dano moral coletivo, porquanto a sociedade consumidora de telefonia celular móvel, que é quase a totalidade dos habitantes de um país na atualidade, foi enganada, aviltada, ludibriada pela publicidade enganosa e por suas ações, o que fez romper a confiança necessária que a comunidade deve ter nos concessionários de serviços públicos, notadamente aqueles de caráter essencial como o de telecomunicações.

7. No caso dos autos, além da propaganda enganosa, houve ação culposa e dolosa da ré em interromper as ligações, ocasionando prejuízo aos usuários, por um lado, e lucro a ela, por outro, o que, inequivocamente, deve incrementar o valor do dano extrapatrimonial coletivo, em razão do agravamento da lesão à integridade moral da comunidade, cuja confiança em todas as prestações de serviço público restou severamente abalada. Diante disso, considerando a publicidade enganosa e a ação culposa e dolosa de interromper as ligações dos usuários do plano infinity, entendo razoável e cumpridor dos propósitos da reparação de danos extrapatrimoniais condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

8. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é descabida a condenação da parte contrária ao pagamento de honorários sucumbenciais quando o Ministério Público for o vencedor de ação civil pública por ele proposta.

9. Recursos conhecidos. Preliminares rejeitadas. Recurso do Ministério Público provido. Recurso da ré parcialmente provido" (fls. 1.104/1.108, e-STJ).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 1.259/1.319, e-STJ).

Em suas razões, a recorrente aponta a violação dos seguintes dispositivos legais

Superior Tribunal de Justiça

desenvolvendo as respectivas teses:

i) artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, sustentando que a Turma julgadora, mesmo instada a fazê-lo, não sanou os vícios apontados nos embargos de declaração opostos, ficando caracterizada a deficiência na prestação jurisdicional;

ii) artigos 114, 119 e 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015, suscitando a preliminar de existência de litisconsórcio necessário diante da necessidade de a ANATEL integrar o polo passivo da presente demanda ou, no mínimo, da necessidade de a ANATEL participar do feito na qualidade de assistente;

iii) arts. 8º e 19, X, da Lei nº 9.472/1997, defendendo a inviabilidade da atuação do Poder Judiciário na hipótese vertente, tendo em vista que a interferência na atuação do órgão regulador somente seria possível quando houvesse a inércia no cumprimento do seu dever de fiscalização.

iv) artigos 10, 373, I e II, e §1º, 374, I, 396, 442 e 464 do Código de Processo Civil de 2015, asseverando ser descabida a inversão do ônus da prova apenas em sentença, como técnica de julgamento, sob pena de cerceamento de defesa;

v) artigos 373, I e II, e §1º, e 374, I, do Código de Processo Civil e 8º e 19, X, da Lei nº 9.472/1997, pois manteve a sua condenação mesmo diante do fato de a agência reguladora ter concluído ser impossível afirmar que a recorrente tenha agido de forma dolosa;

vi) artigos 6º, incisos IV e V, 20, 22 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, ao argumento de inexistirem nos autos provas, ou mesmo indicação, de qual publicidade específica da recorrente teria sido enganosa e/ou abusiva;

vii) artigos 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor e 884 e 944 do Código Civil, porque nenhum prejuízo de cunho patrimonial foi causado aos usuários, sendo que o pagamento da indenização individual acarreta o enriquecimento indevido dos usuários;

viii) artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, defendendo que a condenação à publicação da parte dispositiva da sentença em jornal de grande circulação não encontra guarida em nenhum dispositivo legal, e

ix) artigos 1º e 13 da Lei nº 7.347/1985 e 186 e 884 do Código Civil, afirmando inexistir nos autos prova do alegado dano causado à sociedade, muito menos de cunho moral. Alternativamente, requer que o valor fixado seja diminuído.

Por fim, apontou divergência jurisprudencial com relação às teses ventiladas nos itens "iv", "vii" e "viii" acima relacionados, colacionando julgados desta Corte Superior.

Após a juntada das contrarrazões (fls. 1.481/1.496, e-STJ), o apelo nobre foi

Superior Tribunal de Justiça

admitido na origem (fls. 1.516/1.522, e-STJ).

Instado, o Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo provimento do recurso especial (fls. 1.601/1.608, e-STJ).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.832.217 - DF (2019/0242699-2)
EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. TELEFONIA CELULAR. TIM. PLANO INFINITY. LIGAÇÕES DERRUBADAS. OCORRÊNCIA. ANATEL. LITISCONSÓRCIO. INEXISTÊNCIA. PODER JUDICIÁRIO. ATUAÇÃO. DANO INDIVIDUAL. CONDENAÇÃO GENÉRICA. MÁ-FÉ. DOLO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO. VALOR PROPORCIONAL. MANUTENÇÃO.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Não se reconhece a negativa de prestação jurisdicional alegada quando o acórdão recorrido dirime todas as questões submetidas a julgamento, proferindo decisão suficientemente motivada e coerente acerca de todos os temas invocados nos embargos declaratórios opostos pela recorrente.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende não haver litisconsórcio passivo necessário com a ANATEL, nos termos do art. 47 do CPC/2015, nas hipóteses em que o objeto da ação civil é a proteção da relação de consumo existente entre os usuários e a empresa de telefonia e não as normas editadas pela autarquia federal em demanda cujo resultado vai interferir na sua esfera jurídica.

4. A alegação de ser indevida a atuação do Poder Judiciário na hipótese, tendo em vista que somente seria possível a intervenção judicial na atuação da órgão regulador quando observada a sua inércia no tocante ao dever de fiscalização, foi trazida ao processo apenas no presente apelo nobre, não tendo sido submetida ao crivo das instâncias ordinárias, o que caracteriza evidente inovação recursal, bem como a ausência do prequestionamento.

5. No caso, conforme reconhecido pela recorrente, o TJDFT concluiu que não houve a inversão do ônus da prova no momento da sentença, como técnica de julgamento, tal como alegado, a atrair os óbices contidos nas Súmulas nº 284/STF e nº 7/STJ.

6. A responsabilidade do fornecedor de serviço nas relações de consumo é objetiva e, por isso, prescinde da apuração do aspecto volitivo do fornecedor do serviço, sendo fundamental apenas a apuração da conduta e da existência do nexo de causalidade entre esta e o dano imposto ao consumidor. Na hipótese, é incontestável a presença de tais elementos.

7. A impossibilidade de se aferir, individualmente, a extensão do prejuízo material causado a cada consumidor lesado pela prática abusiva comprovada nos autos não significa a impossibilidade de se estabelecer, mediante parâmetros técnicos e proporcionais, uma adequada indenização, o que, no caso, deverá ocorrer na fase de liquidação, nos termos dos arts. 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor.

8. A adequada publicidade dos atos processuais é imprescindível nas ações civis públicas, a fim de possibilitar aos substituídos processuais o exercício do direito genérico contido na sentença de procedência da ação coletiva de consumo.

9. O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, ocorre quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva. No presente caso, essa agressão se mostra evidente, atingindo um grau de reprovabilidade que transborda os limites individuais, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de

Superior Tribunal de Justiça

valores sociais.

10. A conduta da recorrente provocou prejuízo direto a todos aqueles que aderiram ao Plano Infinity ofertado e indireto a todos os concorrentes.

11. Ponderados os critérios invocados pela Corte local, não se vislumbra uma flagrante desproporção entre o montante indenizatório fixado e a gravidade do dano imposto à coletividade de consumidores no caso concreto a justificar a necessidade da excepcional intervenção por parte do Superior Tribunal de Justiça.

12. Recurso especial não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

A irrisignação não prospera.

i) Da alegada negativa de prestação jurisdicional

Inicialmente, a recorrente alega que,

"(...)

Na medida em que referido julgado estava eivado de vícios que deviam ser sanados, a TIM opôs os competentes Embargos de Declaração de fls. 1.041/1.080, requerendo o conhecimento e provimento de referidos Embargos para, sanando os vícios apontados:

(i) corrigir o erro material constante na conclusão do acórdão (art. 1.022, III, do CPC), para que conste em tal conclusão que, quanto à questão preliminar, restaram vencidos o 1º Vogal e o 2º Vogal, e não apenas o 1º Vogal;

(ii) esclarecer a razão pela qual, mesmo diante do fato de a ANATEL ter sido demandada a apresentar informações essenciais para o deslinde do feito, não entendeu pela necessidade de participação de referida Agência Reguladora na demanda (como parte ou assistente), promovendo o prequestionamento explícito dos arts. 21, XI, 22, IV, 48, XII, 109, I, da Constituição Federal, dos arts. 8º e 19, X, XI e XVIII, da Lei Geral de Telecomunicações - Lei nº 9.472/97, bem como dos arts. 114, 119 e 485, VI, 3º, do Código de Processo Civil (arts. 47 e 267, VI e 3º, do CPC/1973);

(iii) esclarecer a razão pela qual entendeu não ter havido cerceamento do direito de defesa da TIM, não obstante o ônus da prova só ter sido invertido em sede de sentença, sem que a empresa pudesse ter produzido provas essenciais para o deslinde do feito após os documentos juntados pela ANATEL, bem como a razão pela qual entendeu possível avançar sobre questão incontroversa, com o prequestionamento explícito do art. 5º, LIV e LV, da

Superior Tribunal de Justiça

Constituição Federal, arts. 10, 373, I, II e §1º, 374, I, 396, 442 e 464 do Código de Processo Civil (arts. 333, I e II, 334, I, 355, 400 e 420 do CPC/1973), bem como do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor;

(iv) esclarecer a razão pela qual não levou em consideração, para o deslinde do feito, o Informe de 24.04.2013 da ANATEL (fls. 443/463) e a Nota Técnica de referida Agência Reguladora, de 10.02.2014 (fls. 719), bem como porque conclui que um Informe anterior, preliminar e inconclusivo, teria prevalecido sobre decisão colegiada posterior da ANATEL, pronunciando-se explicitamente sobre a existência e conteúdo de referidos documentos;

(v) esclarecer qual teria sido a prova do dano material individual, bem como que a apuração de eventual prejuízo se dará de forma individual, em fase de liquidação de sentença, e viabilizará o recebimento de indenização por aqueles usuários que teriam sofrido interrupção após 1h20 (OITENTA MINUTOS ININTERRUPTOS) de ligação, promovendo o prequestionamento explícito dos arts. 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor;

(vi) esclarecer, de forma objetiva, qual teria sido a publicidade específica da TIM que teria sido enganosa/abusiva, apontando as folhas dos autos em que estaria acostada, bem como esclarecer quem teriam sido os usuários supostamente 'enganados', promovendo o prequestionamento explícito, sob essa ótica, dos incisos IV e VI do artigo 6º, artigo 20, artigo 22 e artigo 37, todos do Código de Defesa do Consumidor;

(vii) esclarecer quais teriam sido as provas dos 'danos morais coletivos' sofridos pelos usuários da TIM, a justificar a sua condenação ao pagamento de indenização a este título, bem como os critérios utilizados para a fixação da indenização no valor 50 MILHÕES de reais, com o consequente prequestionamento explícito do art. 884 do Código Civil art. 5º, X, da Constituição Federal, do artigo 1º da Lei 7.347/85, do art. 6º, VI, do CDC, e do art. 373, I, do Código de Processo Civil (art. 333, I, do CPC/1973); e

(viii) esclarecer qual seria o fundamento legal a permitir a condenação da TIM à publicação da parte dispositiva da sentença em jornal de grande circulação, promovendo o prequestionamento explícito do art. 94 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 5º, II, da Constituição Federal" (fls. 1.334/1.335, e-STJ).

O Tribunal de origem, no entanto, ao julgar os embargos de declaração opostos, examinou pontualmente cada uma das questões suscitadas, conforme se extrai do seguinte excerto do julgado:

"(...)

1) Em primeiro lugar, afirma que houve ERRO MATERIAL na proclamação do resultado do julgamento, uma vez que, quanto a preliminar de nulidade da sentença, restaram vencidos tanto o 1º quanto o 2º Vogal, e não apenas o 1º conforme constou equivocadamente do acórdão.

A irresignação deve ser acolhida.

Depreende-se do acórdão que a preliminar de nulidade referida,

Superior Tribunal de Justiça

relacionada à inversão do ônus da prova em momento inoportuno, foi REJEITADA pela Relatora (fls. 1.003v/1.008) e pelos Desembargadores Robson Barbosa de Azevedo - 4º Vogal (fl. 1.016) e Josapha Francisco dos Santos - 3º Vogal (fls. 1.017/1.020v), enquanto que, por outro lado, restou ACOLHIDA pelos Desembargadores Angelo Passareli - 1º Vogal (fls. 1.015/1.016) e Sebastião Coelho - 2º Vogal (fl. 1.016).

Na proclamação do resultado do julgamento, todavia, constou equivocadamente que a preliminar foi rejeitada por maioria, vencido apenas o 1º Vogal (fls. 993, 996v e 1.024v), quando, na verdade, ficaram vencidos o 1º e o 2º Vogais (fl. 992).

A existência dessa divergência no acórdão revela, portanto, a existência de erro de fato e contradição entre a conclusão dos votos e a proclamação/publicação do resultado.

(...)

O recurso, portanto, deve ser acolhido para, reconhecendo a existência de erro de fato e contradição, retificar a proclamação do resultado do julgamento, consignando que o 1º Vogal e o 2º Vogal ficaram vencidos quanto à rejeição da preliminar de nulidade da sentença.

2) A embargante alega que houve OMISSÃO na análise da preliminar de incompetência, requerendo seja esclarecida a razão pela qual se entendeu que não era necessária a participação da ANATEL na presente demanda (como parte ou assistente), apesar da condenação estar embalada em relatório da entidade, que inclusive foi chamada diversas vezes para apresentar informações.

A irresignação, todavia, não deve ser acolhida.

O vício de omissão consiste no silêncio do órgão julgador sobre pedido formulado pelas partes, questão relevante ou fundamento autônomo e suficiente deduzido no processo (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 953-954).

No caso, não houve negativa de prestação jurisdicional na medida em que todas as questões relevantes e indispensáveis para o julgamento foram analisadas, tendo o acórdão embargado apreciado suficientemente a controvérsia estabelecida entre as partes, adotando, contudo, entendimento contrário aos anseios dos embargantes no tocante à rejeição da preliminar de incompetência.

É importante ressaltar que todos os argumentos sobre os quais se aponta omissão, relacionados à alegada de necessidade de participação da ANATEL, foram suficientemente analisados, sopesados e rechaçados pelo acórdão.

Restou definido que a conduta imputada à embargante se refere a ilícito de natureza civil, envolvendo transgressão de obrigação em relação contratual estabelecida entre usuários e operadora de serviços de telefonia, cuja tutela, portanto, deve ser buscada na Justiça Comum. Destacou-se ainda que a pretensão reparatória não possui conexão com ato regulatório específico da Anatel nem atinge a sua órbita jurídica, afastando, assim, eventual interesse jurídico qualificado que justificaria a presença da Agência Reguladora na relação processual.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Ressalte-se, ademais, que o fato de terceiros colaborarem com a Justiça, apresentando documentos que estejam em seu poder, não os torna titulares da relação jurídica material objeto da demanda.

Não houve, portanto, omissão, sendo que a reiteração dessas alegações demonstra mero inconformismo quanto ao resultado do julgamento, o que é incabível na via estreita dos embargos de declaração.

3) A embargante alega que houve OMISSÃO na análise da preliminar de nulidade da sentença por violação das regras procedimentais de distribuição do ônus da prova, requerendo seja esclarecida a razão pela qual se concluiu pela inexistência de cerceamento do direito de defesa, apesar do ônus probatório ter sido invertido somente em sentença, impedindo que empresa pudesse produzir provas essenciais para o deslinde do feito, inclusive após a juntada de documentos pela ANATEL.

Sem razão, contudo.

Os pontos sobre os quais se aponta a ocorrência de omissão, relacionados à alegada ocorrência de cerceamento de defesa, também foram apreciados e rejeitados.

Conforme entendimento prevalente no acórdão, embora as partes não possam ser surpreendidas com a determinação inversão do ônus probatório somente por ocasião do julgamento da causa, no caso a solução do mérito se deu com base nas regras ordinárias do ônus da prova, a partir dos documentos acostados dos autos. Assim, a análise do ato ilícito apontado na inicial ocorreu a partir do acervo documental e não segundo a regra de inversão do ônus probatório apresentada em sentença, o que afasta a alegada nulidade no feito em razão da questão probatória.

(...)

No mesmo sentido, o 3º Vogal destacou que a aferição da prática da má prestação de serviço se deu com base na regra ordinária de distribuição e o julgamento ocorreu de acordo com as provas produzidas nos autos, não havendo que se falar em nulidade:

(...)

Ressalte-se ainda que, conforme mencionado no acórdão, as partes tiveram vista de todos os documentos acostados aos autos, sendo-lhes inteiramente oportunizada a manifestação sobre eles (fls. 1.008 e 1.019v/1.020v).

Destarte, embora a sentença tenha se referido à inversão do ônus da prova, a causa foi solucionada, tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição, de acordo com as regras ordinárias de distribuição e com base nas provas dos autos, sobre as quais as partes tiveram a oportunidade de se manifestar, razão pela qual se concluiu pela inexistência de nulidade da sentença e de cerceamento do direito de defesa.

Se os fundamentos ou a conclusão do acórdão não se mostram suficientes ou corretos na opinião dos embargantes, não quer dizer que eles não existam. Não se pode confundir ausência de motivação com fundamentação

Superior Tribunal de Justiça

contrária aos interesses da parte (STJ. AgRg no Ag 56.745/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 12/12/1994).

4) A embargante alega que houve OMISSÃO no julgamento, uma vez que não esclarecida a razão pela qual não se levou em consideração, para o deslinde do feito, o Informe de 24/4/2013 (fls. 443/463) e a Nota Técnica de 10/2/2014 (fl. 719), bem como por que concluiu que um Informe anterior, preliminar e inconclusivo produzido no ano de 2011, deveria prevalecer sobre decisão colegiada posterior da ANATEL, ignorando premissa incontroversa relacionada à conclusão final da Agência Reguladora no sentido de que não foi constatada nenhuma irregularidade praticada pela TIM, pronunciando-se sobre a existência e o conteúdo dos referidos documentos, ou indicando especificamente nos autos qual teria sido a manifestação do Ministério Público, após a contestação, que teria desafiado a conclusão final colegiada da ANATEL sobre a ausência de dolo.

Sem razão.

Quanto aos relatórios citados pela embargante (Informe de 24/4/2013 e Informe de 19.7.2011), não há que se falar em documento 'preliminar' e em documento 'conclusivo', uma vez que, como mencionado no acórdão, apesar de terem sido proferidos em datas diferentes, tratam-se de análises realizadas em processos administrativos diversos, com base em períodos de amostragem igualmente distintos.

Conforme consignado no acórdão (fls. 1.008/1.011), o Informe 371/2011, de 19/7/2011 (fls. 937/941), foi proferido no PADO 53500.006169/2011, no qual se concluiu que a TIM, no período específico objeto de amostragem (25/11/2010 a 18/3/2011 - fl. 84v), derrubava de maneira proposital as chamadas com duração superior a 1 hora e 20 minutos dos planos Infinity (interferência na continuidade da prestação do serviço), o que resultou na imposição de sanção (multa) à prestadora no valor de R\$ 19.703,99 (fls. 940/941).

Por sua vez, como consta do acórdão (fls. 1.009/1.011), o Informe 567/2013, de 24/4/2013 (fls. 942/953 - cópia reproduzida às fls. 443/463, citada pela embargante), foi proferido no PADO 53504.026837/2010, no qual se concluiu que, na data específica objeto de amostragem (dia 12/8/2010 - fl. 944), embora não se tenha constatado a mesma 'conduta dolosa', isto é, a derrubada intencional da chamadas dos planos 'Infinity', identificou-se vício de qualidade grave no serviço causado pelo sistema de proteção utilizado pela empresa, que também provocava a interrupção das ligações, fazendo com que a TIM não entregasse aos consumidores o que foi contratado (não prestação do serviço de forma ininterrupta; falta de informação adequada sobre condições de prestação do serviço; comunicação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa; prestação de serviço com qualidade inferior à estabelecida), fato que igualmente resultou na imposição de outra sanção (multa) à prestadora no valor de R\$ 9.576.030,14 (fls. 952/953). Essa infração, constatada e sancionada nos autos do PADO 53504.026837/2010, foi lembrada posteriormente em relatório de nota técnica emitida no Processo 53500.027047/2013 - Nota Técnica 16/2014, de 10/2/2014 (fls. 718/720) -, que inclusive informa que a TIM renunciou expressamente ao direito de recorrer daquela condenação e até mesmo já efetuou o pagamento da multa (item 4.10 - fl. 719).

Desse modo, não houve qualquer omissão, uma vez que todos os documentos citados já haviam sido exaustivamente analisados.

Superior Tribunal de Justiça

Além disso, ao contrário do que afirma, a embargante não foi 'absolvida' no citado Informe de 24/4/2013 (fls. 942/953 - cópia reproduzida às fls. 443/463, citada pela embargante), proferido no PADO 53504.026837/2010, mas também condenada, não por interromper intencionalmente as chamadas dos usuários como ocorreu anteriormente no PADO 53500.006169/2011 ('conduta dolosa'), mas por utilizar sistema de segurança que acabava derrubando as ligações, impedindo assim que os usuários pudessem usufruir dos serviços nos termos em que contratados ('conduta culposa'). Em conclusão, a TIM foi condenada duas vezes, em processos administrativos diferentes, por infrações praticadas em momentos distintos.

(...)

A reiteração dessa insurgência evidencia mero inconformismo da embargante quanto ao resultado do julgamento, o que extrapola os limites estabelecidos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

5) A embargante alega que houve OMISSÃO relativa à condenação a reparação por danos materiais, uma vez que não esclarecida qual teria sido a prova do dano individual reconhecido, deixando ainda de informar se a apuração de eventual prejuízo se daria de forma individual em fase de liquidação de sentença, viabilizando o recebimento de indenização por aqueles usuários que teriam sofrido interrupção após 1h20 (oitenta minutos ininterruptos) de ligação.

O inconformismo não prospera.

O acórdão consignou que, no plano individual, é inequívoco o dano causado aos consumidores que, além de serem vítimas de propaganda enganosa, tiveram que refazer ligações para continuar a chamada em virtude da interrupção culposa e/ou dolosa do serviço, especialmente os integrantes dos planos Infinity, arcando novamente com o custo do primeiro minuto de ligação (prejuízo material):

(...)

Como, todavia, não é possível identificar, nessa fase da ação coletiva, todos os eventuais consumidores lesados pela interrupção indevida das ligações e que foram obrigados a efetuar uma nova chamada, pagando novamente o custo o primeiro minuto (pagamento em duplicidade pelo mesmo serviço), foi proferida condenação genérica fixando a responsabilidade da requerida/embargante pela reparação dos danos materiais causados, nos termos do art. 95 do Código de Defesa do Consumidor (fl. 1.012).

Destarte, foi dado provimento ao recurso do Ministério Público (fl. 1.014v) para fixar a responsabilidade da embargante, na forma do art. 95 do CDC, de ressarcir todos os consumidores dos planos 'Infinity' que realizaram ligações dentro das condições do plano, que tenham sido vítimas de interrupção indevida e que tiveram que pagar novamente pelo custo da mesma chamada, independentemente do tempo de duração, uma vez que, conforme se depreende do julgado, nenhuma ligação deveria ter sido interrompida e cobrada novamente, o que será objeto de posterior liquidação e execução (art. 97 do CDC).

Não houve, portanto, negativa de prestação jurisdicional.

6) A embargante alega que houve OMISSÃO no julgamento uma vez que não esclarecida, forma objetiva, qual teria sido a publicidade específica da TIM que teria sido enganosa/abusiva, deixando de apontar as

Superior Tribunal de Justiça

folhas dos autos em que estaria acostada, informando ainda quem teriam sido os usuários supostamente 'enganados', ou seja, se todos os clientes da TIM ou somente aqueles que tentaram fazer ligações superiores a 80 (oitenta) minutos.

A irresignação não deve ser acolhida.

Conforme mencionado no acórdão, o ilícito atribuído à embargante (interrupção culposa/dolosa das ligações e cobrança de nova chamada) importou em violação não apenas dos direitos dos consumidores clientes que tiveram que efetuar nova ligação pagando novamente o custo da chamada, como também extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a coletividade que foi exposta às agressivas campanhas publicitárias que prometiam ligações com duração ilimitada, sem interrupções, com a cobrança apenas do primeiro minuto.

Inclusive foi indicado, expressa e ilustrativamente, folder promocional acostado aos autos que bem demonstra a publicidade difundida, muito embora os planos e promoções das prestadoras sejam ofertados no mercado pelos mais diversos meios (físico, internet, ligações, SMS, etc.).

(...)

Não houve, portanto, a alegada omissão.

Ressalte-se, ademais, que as condições de oferta propriamente ditas dos planos Infinity (oferecimento de ligações com duração ilimitadas e a cobrança apenas no primeiro minuto) não foram questionadas pela embargante e não constituem, intrinsecamente, objeto de controvérsia nos presentes autos, mas sim as consequências das ações levadas a efeito pela embargante com a interrupção das ligações e cobrança de nova chamada, contrariando a proposta disseminada e as disposições contratuais.

7) A embargante alega que houve OMISSÃO do julgamento uma vez que não esclarecidas quais teriam sido as provas dos 'danos morais coletivos' sofridos pelos usuários da TIM a justificar o pagamento de indenização sob esse título, bem como os critérios utilizados para a fixação da indenização no valor de 50 milhões de reais.

Sem razão, contudo.

Conforme consignado no acórdão, o dano decorrente da conduta praticada pela embargante extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a comunidade que foi vítima de sua publicidade enganosa e abusiva, uma vez que, ao contrário do anunciado, na prática o serviço oferecido não se mostrava ilimitado e ininterrupto. Essa situação revela a ocorrência também de um dano moral coletivo, porquanto a sociedade consumidora de telefonia celular móvel, que corresponde à grande maioria dos habitantes do país na atualidade, foi enganada, aviltada, ludibriada pela publicidade enganosa e por suas ações, o que fez romper a confiança necessária que a comunidade deve ter nos concessionários de serviços públicos, notadamente aqueles de caráter essencial como o de telecomunicações.

(...)

Não houve, portanto, negativa de prestação jurisdicional, na medida em que todas as questões relevantes e indispensáveis para o julgamento foram suficiente analisadas pelo acórdão, que, de maneira fundamentada, não apenas reconheceu o ilícito praticado pela embargante, como também precisou os danos causados e quantificou o valor da indenização.

8) A embargante alega que houve OMISSÃO no julgamento no

Superior Tribunal de Justiça

tocante à condenação em obrigação de fazer, uma vez que não esclarecido o fundamento legal que permitiria a condenação do fornecedor a publicar a parte dispositiva da sentença em jornal de grande circulação.

A irresignação, todavia, não merece prosperar.

Como um dos elementos objetivos da demanda, o pedido (providência que se pede ao Poder Judiciário) constitui o núcleo da pretensão processual; a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional; o efeito jurídico do fato posto como causa de pedir (DIDIER JUNIOR, Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 565).

Na hipótese, foi formulado pedido expresso objetivando condenação da requerida/embarcante em obrigação de fazer, consistente na publicação da parte dispositiva da sentença em jornal de grande circulação a fim de que os consumidores e a sociedade consumerista em geral tomassem ciência do comando sentencial (item 8.3.2 - fl. 46).

Trata-se de pedido que, abstrata e idealmente, não encontra qualquer inviabilidade dentro do ordenamento jurídico. Além disso, do seu cotejo com o direito material, entendeu-se, ao final, pela possibilidade de acolhimento.

Nesse sentido, o acórdão (fl. 1.015) manteve integralmente a sentença que já havia destacado claramente os fundamentos da condenação:

(...)

Não houve, portanto, omissão.

É importante reforçar que no caso existe a peculiaridade de se tratar de ação que envolve relação de consumo, cujas normas de proteção, que são de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC), primam pela efetiva proteção dos consumidores, o que implica na garantia da adequada informação quanto aos produtos e serviços que foram ou serão ofertados no mercado de consumo (art. 6º, III do CDC); a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV do CDC); a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI do CDC); e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos (art. 6º, VII do CDC).

Tratando-se, ademais, de ação coletiva, que tem por finalidade a defesa de direitos e interesses dos consumidores (arts. 81 e 83 do CDC), a ampla publicidade emana como preceito fundamental e se funda no caráter social e protecionista da relação (art. 94 do CDC). Nesse contexto, a divulgação em grande extensão do seu resultado em jornal local de grande circulação e/ou por meio das entidades de defesa do consumidor constitui providência inerente à sua natureza, possibilitando que eventuais interessados possam se habilitar e fazendo valer o direito reconhecido.

Desse modo, a partir da interpretação sistemática do microsistema consumerista, tem-se que a ampla divulgação da decisão judicial positiva em ação coletiva constitui premissa essencial para viabilizar a sua efetivação executória pelos beneficiários. Almejar que seja diferente significa esvair a sua eficácia, tornando inócua a providência jurisdicional reconhecida.

Se, todavia, os fundamentos ou a conclusão do acórdão não se mostram suficientes ou corretos na opinião dos embargantes, eventual irresignação dessa natureza deve ser apresentada na via recursal adequada, pois extrapola os limites estabelecidos no artigo 1.022 do Código de Processo

Superior Tribunal de Justiça

Civil.

9) Por fim, a embargante alega que houve ERRO MATERIAL na fixação do valor referente aos danos morais, por ter o julgamento na segunda sessão se estendido para capítulo sobre o qual não houve divergência na primeira, ocasião em que o valor da indenização já havia sido definido de forma unânime, sendo, portanto, indevido o seu posterior reexame na nova sessão de julgamento designada na forma do art. 942 do CPC/2015 exclusivamente para apreciar o capítulo relativo à preliminar de nulidade da sentença.

Sem razão, contudo.

O erro material passível de correção na via estreita dos embargos de declaração é aquele reconhecido 'primu ictu mil', consistente em simples equívoco ou inexatidão material sem qualquer conteúdo decisório, tais como erros de grafia, de nome ou de valor (STJ. REsp 1151982/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 31/10/2012), o que definitivamente não é o caso alegado pela embargante, que aponta a ocorrência de equívoco no próprio julgamento.

Ademais, cumpre ressaltar que, embora tenha sido apresentado o voto integral da Relatora na primeira sessão de julgamento, instaurou-se imediatamente divergência a respeito de questão preliminar, atraindo assim a aplicação da técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 do CPC/2015 (fl. 992).

Desse modo, seguindo a lógica do julgamento, o colegiado encarregado de prosseguir na análise do recurso, ao superar essa fase inicial, afastando integral e definitivamente as questões preliminares suscitadas, deverá passar à análise do mérito. Assim, a apreciação do recurso pelo colegiado estendido não fica restrita apenas ao capítulo do julgamento em que houve divergência, cabendo aos novos julgadores a apreciação da integralidade do recurso.

Também é importante destacar que o fato de ter sido feita a leitura do voto integral da Relatora ou ainda a circunstância de Vogal ter eventualmente antecipado seu voto na primeira sessão, não afeta a dinâmica do julgamento, pois a afetiva solução do mérito pressupõe a prévia resolução integral de todas as questões preliminares ou prejudiciais alegadas, além do que, nos órgãos colegiados, não existe lavratura de acórdão parcial de mérito e o julgamento só termina com a proclamação final do seu resultado. Enquanto isso não ocorrer, pode qualquer dos seus membros, inclusive o relator, retificar o voto anteriormente proferido (art. 942, § 2º, do CPC/2015).

(...)

Não há, assim, erro material a ser sanado, tendo a embargante apresentado questionamento que evidencia verdadeiro inconformismo quanto ao resultado do julgamento, o que, como já mencionado, é incabível na via estreita dos embargos de declaração.

Ressalte-se, ademais, que a intenção de reiterar posições que já haviam sido apreciadas e rechaçadas, buscando embasamento para futuros recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, não autoriza o manejo desvirtuado dos embargos, cuja oposição deve observância aos seus limites legais.

É preciso diferenciar a hipótese em que o julgado embargado realmente padece de algum vício, como ocorre, por exemplo, quando determinada questão, embora levantada, não tenha sido apreciada - caso em que a interposição dos embargos não somente é cabível, como também necessária para

Superior Tribunal de Justiça

fins de prequestionamento, exigência recursal de que o tema tenha sido previamente debatido nos autos e examinado pelas instâncias inferiores, independente de referência numérica a dispositivos legais - daquela situação em que não existe qualquer mácula na decisão e mesmo assim a parte inconformada com o resultado julgamento busca, sob o falso pretexto de prequestionar a matéria, discutir novamente a causa, questionando os termos do anterior pronunciamento jurisdicional, o que é inadmissível.

Eventual inconformismo dessa natureza deve ser apresentado na via recursal adequada, pois extrapola os limites estabelecidos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil”(fls. 1.275/1.318, e-STJ - grifou-se).

Ao contrário do alegado, portanto, o acórdão recorrido claramente dirimiu todas as questões submetidas a julgamento, proferindo decisão suficientemente motivada e coerente acerca dos diversos temas invocados nos declaratórios opostos pela recorrente, o que afasta, de modo cabal, a alegada negativa de prestação jurisdicional.

ii) Da preliminar de formação de litisconsórcio necessário (violação dos arts. 114, 119 e 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015)

Defende a recorrente que a ANATEL deve integrar o polo passivo da presente demanda ou, no mínimo, participar do feito na qualidade de assistente.

No entanto, conforme se extrai do acórdão recorrido,

“(...) a conduta imputada à embargante se refere a ilícito de natureza civil, envolvendo transgressão de obrigação em relação contratual estabelecida entre usuários e operadora de serviços de telefonia, cuja tutela, portanto, deve ser buscada na Justiça Comum. Destacou-se ainda que a pretensão reparatória não possui conexão com ato regulatório específico da Anatel nem atinge a sua órbita jurídica, afastando, assim, eventual interesse jurídico qualificado que justificaria a presença da Agência Reguladora na relação processual.

(...)

Ressalte-se, ademais, que o fato de terceiros colaborarem com a Justiça, apresentando documentos que estejam em seu poder, não os torna titulares da relação jurídica material objeto da demanda” (fls. 1.277/1.279, e-STJ).

Nesse contexto, o entendimento manifestado pela Corte local se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que

“(...) inexistente litisconsórcio passivo necessário com a ANATEL, nos termos do art. 47 do CPC, nas hipóteses em que a impugnação de objeto da ação civil é a proteção da relação de consumo existente entre os usuários e empresa de telefonia e não as normas editadas pela autarquia federal em demanda cujo resultado vai interferir na sua esfera jurídica” (AgInt no AREsp 1.105.080/GO, Rel.

Superior Tribunal de Justiça

Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 18/2/2020, DJe 2/3/2020).

No mesmo sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MALFERIMENTO DO ART. 489 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO DA ANATEL. NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 283 DO STF. MALFERIMENTO DO ART. 1º DA LEI N. 9.472/1997. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Não prospera a tese de violação do art. 489 CPC/2015, porquanto o acórdão proferido pela Corte local fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

2. Sendo assim, não há que se falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal a quo haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelo insurgente, elegendo fundamentos diversos daqueles por eles propostos, não configura omissão nem outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

3. No que se refere ao litisconsórcio passivo necessário com a Anatel, esta Corte Superior possui firme entendimento de que a inclusão da agência reguladora ocorre quando se discute o poder regulador daquele órgão, o que não é o caso dos autos.

4. O Ministério Público é parte legítima para defender em juízo direitos difusos e individuais homogêneos relativos a consumidores.

5. A não impugnação de fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido atrai a aplicação do óbice da Súmula 283/STF, inviabilizando o conhecimento do apelo extremo.

6. A matéria referente ao art. 1º da Lei n. 9.472/1997 não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado, consoante o que preceituam as Súmulas 211 desta Corte e 282 do Supremo Tribunal Federal.

7. Agravo interno a que se nega provimento." (Aglnt no AREsp 1.287.400/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/2/2020, DJe 2/3/2020 - grifou-se)

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. FURTO OU ROUBO DO APARELHO. PREVISÃO CONTRATUAL DE PAGAMENTO DE MULTA, MAS NÃO DOS MINUTOS CONTRATADOS, ALÉM DA ASSINATURA BÁSICA PELO PRAZO DE CARÊNCIA FALTANTE. INEXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE.

1. Ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra a Tim Celular S/A com o objetivo de ser declarada a abusividade de cláusulas (9.04 e 10.04) do contrato padrão formulado pela operadora de celular com seus usuários, cominando multa (R\$ 210,00) ao consumidor que cancelar culposamente o contrato no curso do prazo de carência.

2. O acórdão recorrido, após rejeitar as preliminares de litisconsórcio passivo com

Superior Tribunal de Justiça

a Anatel, de ilegitimidade ativa do Ministério Público e de nulidade da sentença por prolação fora do pedido (*extra petita*), reformou parcialmente a sentença de procedência dos pedidos para reconhecer que a multa constante na cláusula 9.04 não seria abusiva, pois aplicada quando a resolução do contrato se der por culpa do usuário, mantendo, no mais, o provimento fixado pelo juízo de primeiro grau.

3. O reconhecimento da afronta ao art. 535 do CPC/72 exige a demonstração pela parte em relação a quais questões incidiria o vício constante do referido dispositivo e, ainda, a sua relevância para o desate da controvérsia.

4. No caso, as únicas questões em relação as quais houve a devida alegação de omissão no apelo excepcional, não se mostraram efetivamente omissas. Negativa de prestação jurisdicional rejeitada.

5. O Ministério Público é parte legítima para defender em juízo direitos difusos e individuais homogêneos relativos a consumidores. Reiterados precedentes.

6. Nenhuma das pretensões formuladas na demanda é voltada contra a ANATEL, mas contra cláusulas contratuais estabelecidas pela própria demandada (Tim Celular) nos contratos celebrados com os seus usuários e consideradas pelo Ministério Público como abusivas.

7. Inexistência de litisconsórcio necessário entre as concessionárias com a ANATEL, quando a relação jurídica controvertida é alheia àquela mantida entre as concessionárias e o ente regulador.

8. O furto ou roubo do aparelho de celular do usuário dos serviços de telefonia não configura justa causa para a resolução do contrato com a operadora, podendo o usuário habilitar outro aparelho e dar continuidade à relação comercial.

9. Redução da multa constante no item 9.04 pela metade que, todavia, não ressarcie devidamente a operadora de telefonia nas hipóteses em que o usuário denuncia o contrato a que se fidelizou mediante a compra de aparelho de celular com valor descontado.

10. Multa limitada ao valor proporcional do desconto concedido considerando-se o período faltante de fidelidade.

11. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1.488.284/PE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/8/2018, DJe 24/8/2018 - grifou-se)

"DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. SENTENÇA EXTRA PETITA. DECISÃO FUNDADA EM FATOS LIGADOS À CAUSA DE PEDIR. INEXISTÊNCIA. CONEXÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ NA SUA DETERMINAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL PESSOAL COM PRAZO MÍNIMO DE VIGÊNCIA. PERDA DO APARELHO POR CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. ANATEL. LEGITIMIDADE PASSIVA. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DO CONTRATO. CABIMENTO, PARA DETERMINAR A DISPONIBILIZAÇÃO DE OUTRO APARELHO PELA OPERADORA OU, ALTERNATIVAMENTE, A RESOLUÇÃO DO CONTRATO COM REDUÇÃO, PELA METADE, DA MULTA RESCISÓRIA.

- Não há de se falar em julgamento *extra petita* quando o acórdão decide sobre matéria versada na causa de pedir e a condenação se atém aos limites objetivos da lide, tampouco quando o Juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados à causa de pedir. Precedentes.

- O escopo art. 103 do CPC, além da evidente economia processual, é, principalmente, evitar a prolação de decisões contraditórias ou conflitantes. Com

Superior Tribunal de Justiça

vistas a dotar o instituto de efetividade, evitando a reunião desnecessária ou até mesmo imprópria de ações, o art. 105 do CPC confere certa margem de discricionariedade ao Juiz para que avalie a conveniência na adoção do procedimento de conexão.

- As hipóteses enumeradas no art. 46 do CPC são de litisconsórcio facultativo, cuja formação, de regra, cabe ao autor da ação. A iniciativa do próprio réu é excepcional, por intermédio do chamamento ao processo, cujas hipóteses de cabimento são apenas aquelas previstas no art. 77 do CPC.

- Considerando que a relação de direito material objeto da ação é, exclusivamente, aquela estabelecida por força de um vínculo contratual, entre a concessionária e o usuário do serviço de telefonia, não pode a ANATEL ser litisconsorte, nem facultativo e muito menos necessário. A ANATEL, concedente do serviço público, não faz parte desse contrato e nem, portanto, da relação jurídica dele decorrente.

- A ação civil pública é instrumento processual apto a propiciar a tutela coletiva do consumidor. Como todo instrumento, submete-se ao princípio da adequação, a significar que deve ter aptidão suficiente para operacionalizar, no plano jurisdicional, a devida e integral proteção do direito material. Somente assim será instrumento adequado e útil. Por isso, na exegese do art. 3º da Lei 7.347/85, a conjunção 'ou' deve ser considerada com o sentido de adição (permitindo a cumulação dos pedidos) e não o de alternativa excludente (o que tornaria a ação civil pública instrumento inadequado a seus fins). Precedentes.

- A perda de aparelho celular (vinculado a contrato de prestação de serviço de telefonia móvel pessoal com prazo mínimo de vigência), decorrente de caso fortuito ou força maior, ocasiona onerosidade excessiva para o consumidor, que, além de arcar com a perda do aparelho, pagará por um serviço que não poderá usufruir. Por outro lado, não há como negar que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho é subsidiada pela operadora, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir um mínimo de retorno do investimento feito. Tal circunstância exige a compatibilização dos direitos, obrigações e interesses das partes contratantes à nova realidade surgida após a ocorrência de evento inesperado e imprevisível, para o qual nenhuma delas contribuiu, dando ensejo à revisão do contrato, abrindo-se duas alternativas, a critério da operadora: (i) dar em comodato um aparelho ao cliente, durante o restante do período de carência, a fim de possibilitar a continuidade na prestação do serviço e, por conseguinte, a manutenção do contrato; ou (ii) aceitar a resolução do contrato, mediante redução, pela metade, do valor da multa devida, naquele momento, pela rescisão.

- Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ.

Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1.087.783/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 1º/9/2009, DJe 10/12/2009 - grifou-se)

Nesse particular, a pretensão recursal esbarra nos rigores contidos na Súmula nº 83/STJ.

iii) Da inviabilidade da atuação do Poder Judiciário na hipótese (alegação de ofensa aos arts. 8º e 19, X, da Lei nº 9.472/1997)

Superior Tribunal de Justiça

A recorrente defende ser indevida a atuação do Poder Judiciário na hipótese vertente, tendo em vista que somente seria possível a intervenção judicial na atuação da órgão regulador quando observada a sua inércia no que diz respeito ao dever de fiscalização.

No entanto, a aludida tese foi trazida ao processo apenas no presente apelo nobre, não tendo sido submetida ao crivo das instâncias ordinárias, o que caracteriza inovação recursal.

Assim, além da evidente preclusão da matéria, haja vista o tema não ter sido deduzido oportunamente, o recurso especial se ressentir da ausência do prequestionamento, o que atrai, no particular, o óbice da Súmula nº 211/STJ.

iv) Da inversão do ônus da prova (alegada ofensa aos artigos 10, 373, I e II, e §1º, 374, I, 396, 442 e 464 do Código de Processo Civil de 2015)

Inicialmente, verifica-se que os conteúdos normativos contidos nos arts. 374, I, 396, 442 e 464 do CPC/2015 não foram objeto de exame pelo acórdão recorrido. Desse modo, ausente o prequestionamento, mesmo após o julgamento dos declaratórios opostos, aplica-se, quanto aos mencionados dispositivos legais, a Súmula nº 211/STJ.

No tocante à suposta ofensa aos arts. 10 e 373 do CPC/2015, a recorrente aponta a impossibilidade de inversão do ônus da prova no momento da sentença. Cita precedentes desta Corte no amparo de sua tese.

No entanto, conforme a própria recorrente reconhece em suas razões recursais, o TJDF, ao examinar o ponto, concluiu que não houve, na prática, a inversão do ônus da prova no momento da sentença, como técnica de julgamento.

Ao contrário, de acordo com a moldura fática assentada pelo Tribunal de origem,

"(...) em que pese o equívoco da sentença nesse particular, a inversão do ônus da prova não foi aplicada quando da verificação da prática da má prestação de serviço por parte da ré-apelante, haja vista que o magistrado afirmou nesse capítulo da sentença que o ato ilícito estava provado por meio dos documentos acostados aos autos, fazendo inclusive referência específica a eles, o que afasta qualquer nulidade quanto à questão probatória.

'A falha de prestação do serviço, consistente na 'derrubada de chamadas', impondo custo adicional aos consumidores, está provada nos autos. Tais fatos estão demonstrados pelos relatórios de fiscalização da ANATEL acostados aos autos. A fl. 941v, por exemplo, o relatório (fls. 84/135) esclarece que, em 25/10/2010, 'foi registrada uma' taxa de queda de chamadas de 33%', o

Superior Tribunal de Justiça

que significa um terço das chamadas realizadas. Mais adiante, especifica (fl. 94-A) que, nos dias 02/09/2010, 07/10/2010 e 19/10/2010, '9,54% das chamadas amostradas foram interrompidas pela rede da prestadora'.

Mais adiante, é revelado que, após fiscalização presencial em 03/03/2011 (fl. 96), após análise das configurações da central da requerida constatou-se que 'a desconexão automática está desativada. No entanto, as reclamações de usuários a ANATEL, juntamente com os dados apresentados na Tabela 4 mostra que a prestadora tem utilizado tal facilidade para desconectar chamadas superiores a 1h20 min de duração' (fl. 96/v).

Após acesso aos CDRs referente às chamadas de longa duração, foram analisados os códigos de falha nas ligações interrompidas. Na ocasião, a fiscalização da autarquia fez a seguinte constatação:

'Para análise dessa fiscalização, e de interesse apenas o código 3767. Esse código aponta uma interoperabilidade entre diferentes sistemas, utilizando uma tarefa específica e customizável pela prestadora, o que nesse caso, tem como objetivo desconectar a chamada ao atingir um certo limite de tempo. Resta comprovada então, a prática da prestadora em desconectar automaticamente chamadas de longa duração, mais especificamente, superiores a 01h20min.'

Na conclusão do relatório 004.3120111U0001FS, os técnicos da ANATEL afirmaram que 'os dados obtidos permitiram comprovar que a prestadora tem adotado a prática de interrupção de chamadas de longa duração' (fl. 97/v).

A questão guarda maior gravidade, vez que a requerida, na época, possuía promoção que importava ao comprador o pagamento apenas do valor da chamada, independentemente do tempo que ela durasse (fls. 74/80). Em síntese, ao derrubar a chamada, a requerida obrigava ao consumidor efetuar nova ligação, o que importava em nova cobrança resultante da própria falha da ré.

A documentação juntada pela ré não ilide a presunção decorrente das provas apresentadas nos autos. Boa parte da documentação acostada diz respeito à legislação do órgão regulador (ANATEL) e a documentos produzidos unilateralmente pela ré, que não possuem valor probatório em desfavor dos consumidores lesados. No meio desta documentação, ela ainda acostou alguns julgados que entende embasar seus argumentos, documentos estes que não possuem qualquer valor probatório quanto à questão fática em discussão.

Os argumentos defensivos expostos em contestação também atacam apenas lateralmente a súmula fática apresentada na inicial.

A requerida alega que não operou ao tratamento desigual dos consumidores do plano Infinity. Tal argumento, contudo, em nada lhe favorece. A conduta da ré amolda-se às práticas abusivas do art. 39, II, do CDC (recusar atendimento ao consumidor - ou seja, não prestar o serviço contratado), 39, V (exigir vantagem manifestamente excessiva - cobra em duplicidade pelo mesmo serviço, in casu, em decorrência de conduta maliciosa da própria ré - derrubar a chamada para realizar nova cobrança), e não o tratamento desigual. Ao contrário, ao que parece, a ré utilizou da conduta abusiva de derrubar chamadas indistintamente, lesando todos os consumidores, pelo critério único de derrubar as chamadas mais demoradas.

Superior Tribunal de Justiça

Não convence também o argumento de que o autor não demonstrou descumprimento da regulação da ANATEL. A própria autarquia reguladora constatou a irregularidade da prática e a ofensa às normas regulamentares (item 6.1 -fl. 98). Ademais, a conduta viola diretamente à legislação, vez que a ré cobrava em duplicidade pelo mesmo serviço, sendo que a interrupção das chamadas decorrida de falha (ou, como constatado, por dolo) da requerida, sendo este o fato gerador da nova cobrança indevida, consistindo nas práticas abusivas já descritas.

As alegações de que contabilizava corretamente as reclamações formuladas e de que o percentual de acessibilidade era superior à meta da ANATEL não alteram a situação descrita. O problema constatado foi a excessiva interrupção de chamadas, decorrente de mecanismo do sistema capaz de encerrar as ligações mais demoradas, gerando maliciosamente ônus adicional ilícito ao consumidor.

O que se observa, em síntese, é a existência de falha grave na prestação de serviço, importando em cobrança indevida do consumidor e em prejuízo às comunicações estabelecidas por meio do serviço público relevante explorado economicamente pela requerida. Desta conduta, decorreram danos materiais direitos para consumidores indeterminados que efetivamente pagaram em duplicidade a tarifa para efetuar ligações telefônicas, e danos extrapatrimoniais suportados em decorrência da má-prestação do serviço, estando configurado o nexo de causalidade, pela vinculação direta e imediata entre os danos sofridos e a conduta comissiva da ré (interromper chamadas). Resta, portanto, a análise dos danos sofridos.' (fls. 689/690)

Assim, a análise do ato ilícito apontado na inicial se deu a partir dos documentos constante dos autos e não segundo a regra de instrução da inversão do ônus probatório apresentada em sentença. Por isso, não se verifica qualquer nulidade do feito quanto à questão probatória.

Além disso, afirma-se que a solução do mérito se dará com base nas regras ordinárias dos ônus da prova, a partir dos documentos acostados dos autos, haja vista que inversão definida e não utilizada em sentença mostra-se equivocada enquanto regra de julgamento.

Forte nesses argumentos, rejeito a preliminar" (fls. 1.129/1.132, e-STJ - grifou-se).

Assim, não se vislumbra o malferimento à legislação federal invocada, a atrair a aplicação das Súmulas nº 284/STF e nº 7/STJ.

Apesar disso, a recorrente alega que não teve a oportunidade de requerer que a ANATEL exibisse todos os documentos produzidos para que não houvesse nenhuma dúvida quanto à alegação de dolo na atuação da TIM.

Superior Tribunal de Justiça

Também defende que não pôde requerer a oitiva de testemunhas para provar que não agiu com dolo, concluindo que *"caso a ANATEL tivesse participado do feito, ou mesmo caso estivesse permitido à TIM produzir provas nos autos (indevida inversão do ônus da prova em sentença), certamente tal questão teria restado esclarecida ainda de forma mais evidente"* (fl. 1.366, e-STJ).

No entanto, a questão relativa ao dolo da empresa, além de não possuir a relevância que a recorrente pretende emprestar ao tema, por se tratar de uma hipótese de responsabilidade objetiva, não atraiu, em nenhum momento, a dúvida do julgador.

Ao revés, observa-se que as instâncias ordinárias, após analisarem as provas produzidas pelos órgãos de fiscalização do Estado, todas altamente técnicas e conclusivas - incluindo processos de fiscalização e procedimentos administrativos levados a efeito pela agência reguladora (ANATEL) e um inquérito formalizado pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios -, concluíram que

"(...)

O que se observa, em síntese, é a existência de falha grave na prestação de serviço, importando em cobrança indevida do consumidor e em prejuízo às comunicações estabelecidas por meio do serviço público relevante explorado economicamente pela requerida. Desta conduta, decorreram danos materiais diretos para consumidores indeterminados que efetivamente pagaram em duplicidade a tarifa para efetuar ligações telefônicas, e danos extrapatrimoniais suportados em decorrência da má-prestação do serviço público, estando configurado o nexo de causalidade, pela vinculação direta e imediata entre os danos sofridos e a conduta comissiva da ré (interromper chamadas)" (sentença de mérito, fl. 318, e-STJ), e

"(...) de forma inicialmente culposa e posteriormente dolosa, a ré promoveu a descontinuidade de serviço essencial que é a telefonia, sobretudo aqueles relacionados aos planos Infinity, nos quais os usuários tiveram que fazer nova ligação em seguida para prosseguirem na comunicação anteriormente iniciada, com inequívoco prejuízo quanto a eles e, por sua vez, lucro, por parte da TIM. Ademais, tal proceder violou, como dito, a mais não poder também toda a coletividade alcançada pela publicidade enganosa difundida a quatro ventos pela ré, como se pode ver às fls. 74 e seguintes dos autos" (acórdão recorrido, fl. 1.296, e-STJ).

Da mesma forma, foi afastada a integração da ANATEL como parte ou assistente na lide e descartada a necessidade de dilação probatória e a alegação de cerceamento de defesa, conforme se observa da seguinte fundamentação:

"(...)

A ré TIM também alegou cerceamento de defesa consistente em

Superior Tribunal de Justiça

não ter sido juntado aos autos documento requisitado à ANATEL e que seria indispensável, segundo o juiz condutor do processo, à formação do seu convencimento. Anotou que fora juntado documento equivocado e que, mesmo após ser tal fato alertado, o documento requisitado não fora juntado, tendo sido prolatada em seguida a sentença ora hostilizada.

Também não assiste razão à ré apelante.

Durante o julgamento da apelação, por mais de uma vez, o feito fora convertido em diligência no sentido de que fosse requisitado à ANATEL as decisões finais sobre os procedimentos mencionados pelo Ministério Público na inicial, cujos autos de infração lastrearam sua pretensão metaindividual, como detalhadamente mencionado no relatório.

Dos documentos acostados durante a fase recursal, todas as partes tiveram vista, de maneira que, se houve alguma nulidade durante a tramitação do feito instância inferior, ela já foi solucionada no órgão revisor, de modo que não prospera arguição de nulidade apresentada pela ré TIM.

Destarte, rejeito mais essa preliminar" (fl. 1.132, e-STJ).

Como se sabe,

"(...) pertence ao julgador a decisão acerca da conveniência e oportunidade sobre a necessidade de produção de determinado meio de prova, inexistindo cerceamento de defesa quando, mediante decisão fundamentada, indefere-se pedido de dilação da instrução probatória" (AgInt no AREsp 1.699.331/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/10/2020, DJe 29/10/2020).

Como arremate, merece destaque, pela síntese da narrativa e objetividade argumentativa, o seguinte trecho do voto-vista proferido pelo Desembargador Josapha Francisco dos Santos, terceiro vogal, que consolidou a posição da Corte distrital:

"(...)

Os eminentes pares rejeitam, à unanimidade, as preliminares suscitadas pela parte ré relativas à competência da Justiça Federal em virtude da necessária participação da ANATEL; à premissa fática equivocada; e ao cerceamento de defesa, divergindo apenas no que se refere à preliminar de nulidade decorrente da inversão do ônus probatório.

Contudo, sendo unânime a inexistência de cerceamento de defesa, não há que se falar em necessidade de retorno dos autos à instância originária para dilação probatória, sobretudo em face da conversão do feito em diligência por mais de uma vez nessa instância recursal, para requisitar à ANATEL as decisões finais dos procedimentos havidos no bojo daquela autarquia federal - conforme bem apontado pela em. Relatora em seu relatório e em seu voto.

(...)

Dessa forma, embora o d. Juízo a quo tenha equivocadamente

Superior Tribunal de Justiça

mencionado a inversão do ônus da prova no momento do julgamento, sem oportunizar que a parte se desincumbisse da obrigação processual a ela imputada julgamento nitidamente ocorreu pela regra prevista no art. 333, inciso II, do CP, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito comprovado pelo autor.

(...)

Sendo assim, diante da comprovação, pelo Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) n. 53500.006169/2011, de que as chamadas eram interrompidas de maneira padronizada a partir de 1h20 (uma hora e vinte minutos) de duração, conforme demonstrado no Informe (fls. 937/940) que julgou o referido PADO, competia à ré demonstrar a regular prestação de seus serviços, sem interrupção indevida de chamadas, não em virtude da inversão do ônus probatório, mas devido à ordinária distribuição do ônus probandi estabelecida no art. 333 do CPC/1973 e reproduzida no art. 373 do CPC/2015.

Portanto, a esse respeito, uma vez reconhecida a inexistência de cerceamento de defesa, se a parte ré apenas alega que prestava os serviços regularmente, mas não se desincumbiu de comprovar tal fato como impeditivo, modificativo ou extintivo do contexto fático apresentado nos documentos administrativos acostados aos autos, que demonstram a veracidade da narrativa autoral, a procedência do pedido inicial é medida que se impõe, reconhecendo-se o direito postulado pelo autor e não havendo qualquer nulidade da r. sentença.

Registre-se, por oportuno, que atos processuais somente devem ser declarados nulos quando caracterizado o efetivo prejuízo à parte, o que claramente não ocorre na hipótese vertente, tendo em vista a ausência de cerceamento de defesa e o julgamento de acordo com as provas produzidas nos autos, aplicando-se a regular distribuição do ônus probatório. Nesse sentido trilha a Jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Em relação à configuração do dolo na conduta perpetrada pela empresa, sendo esse um dos critérios utilizados no arbitramento da indenização por danos morais coletivos, insta esclarecer que, embora o dolo seja classificado como elemento subjetivo da conduta, não se pode confundí-lo com um aspecto puramente psicológico, que encerre apenas o desejo intrínseco à mentalidade do agente. Em verdade, o dolo deve ser aferido a partir das circunstâncias fáticas expressas no caso concreto, a partir das quais se depreende o elemento volitivo do agente, sobretudo quando se trata de pessoa jurídica, que possui conhecimento técnico para descrever, em sua oferta, as características do serviço que presta, a partir do qual desenvolve sua atividade empresarial e obtém o respectivo lucro.

Nesse diapasão, conforme apurado pela ANATEL, de acordo com o Informe de fls. 942/953, 26.277 (vinte e seis mil, duzentos e setenta e sete) consumidores tiveram suas ligações indevidamente interrompidas em um período de apenas seis horas, no dia 12 de agosto de 2010. A agência reguladora, com capacidade técnica para apurar eventuais condutas em desconformidade com o regramento padrão na seara da telecomunicação, consignou, ainda, no Informe (fls. 937/940) referente ao PADO n. 53500.006169/2011:

(...)

Assim, diante do contexto fático-probatório acima delineado,

Superior Tribunal de Justiça

entendo configurado o dolo da empresa ré, embora se trate de responsabilidade objetiva, quanto à conduta que acarreta vício de qualidade no serviço prestado, eis que torna o serviço impróprio, por não ter a qualidade mínima legitimamente esperada, devido à disparidade entre as indicações constantes da oferta e as condições efetivamente constatadas.

Não há, contudo, que se falar em nova oportunidade de dilação probatória quanto ao dolo, eis que a conduta descrita na peça inicial abarca o elemento subjetivo comprovado na instrução processual, tendo a empresa ré exercido o regular contraditório no decorrer do trâmite processual.

Por todo o exposto, acompanho a em. Relatora quanto à rejeição de todas as preliminares suscitadas em sede de apelação pela parte ré, afastando, sobretudo, a nulidade da r. sentença em decorrência do equívoco quanto à inversão do ônus probatório" (fls. 1.150/1.157, e-STJ - grifou-se).

Assim, tendo sido expressamente afastada a ocorrência de prejuízo à defesa da recorrente, o acórdão atacado também não destoia do entendimento consolidado neste Tribunal Superior no sentido de que "*a declaração da nulidade do ato processual está condicionada à demonstração de efetivo prejuízo (pas de nullité sans grief)*" (REsp nº 1.812.083/MA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

Com efeito, a finalidade da prova é demonstrar a verdade dos fatos para que se possa autorizar a incidência da norma, isto é, possibilitar que o juiz forme sua convicção, baseada na verdade apurada nos autos, para, por fim, aplicar o direito ao caso concreto.

De acordo com a lição de Ada Pellegrini, "*através das provas se procura demonstrar a ocorrência ou inoocorrência dos pontos duvidosos de fatos relevantes para a decisão judicial, ou seja, a conformação das afirmações de fato feitas no processo com a verdade objetiva*". (in Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al., 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 214)

No caso, não há dúvidas quanto aos elementos que fundamentam o pedido formulado pelo MPDFT na ação civil pública proposta, tendo sido cabalmente provada a deficiência na prestação do serviço, os danos suportados pela coletividade de consumidores e, ainda, o nexu de causalidade entre os danos apurados e a conduta comissiva da ré, tudo tendo como base a publicidade enganosa por ela divulgada.

Logo, não se justifica a pleiteada anulação do processo por uma evidente impropriedade contida na sentença, incapaz, contudo, de produzir maiores consequências ao devido processo legal, e que, no caso, representaria apenas uma nova chance para se renegar o que, respeitado o contraditório e à ampla defesa, já foi provado nos autos.

v) Da alegada ausência de dolo (violação dos arts. 373, I e II, e §1º, e 374,

Superior Tribunal de Justiça

I, do Código de Processo Civil de 2015 e 8º e 19, X, da Lei nº 9.472/1997)

Sustenta a recorrente que o Tribunal de origem manteve a sua condenação apesar de a agência reguladora ter concluído ser impossível afirmar que a recorrente teria agido de forma dolosa.

Alega, ainda, que a ausência de má-fé somada à inexistência de um tratamento discriminatório aos usuários do Plano Infinity afastariam, no caso concreto, o seu dever de indenizar, especialmente porque seria "incontroverso o fato de que a ANATEL teria concluído não ser possível afirmar que a TIM teria derrubado propositadamente as ligações de seus usuários" (fl. 1.366, e-STJ).

Defende que

"(...) mesmo diante do fato incontroverso de não ter havido dolo por parte da TIM com relação à alegada queda proposital de chamadas, o E. Tribunal a quo, DETURPANDO as conclusões da ANATEL sobre o tema, ignorou tal fato incontroverso e condenou a TIM ao pagamento de indenização multimilionária, violando o art. 374, I, do CPC" (fl. 1.366, e-STJ).

Nesse ponto, a alegação formulada carece de respaldo do acervo fático assentado nos autos.

De fato, o Tribunal de origem (fls. 1.259/1.319, e-STJ) assentou que,

"(...)

Conforme consignado no acórdão (fls. 1.008/1.011), o Informe 371/2011, de 19/7/2011 (fls. 937/941), foi proferido no PADO 53500.006169/2011, no qual se concluiu que a TIM, no período específico objeto de amostragem (25/11/2010 a 18/3/2011 - fl. 84v), derrubava de maneira proposital as chamadas com duração superior a 1 hora e 20 minutos dos planos Infinity (interferência na continuidade da prestação do serviço), o que resultou na imposição de sanção (multa) à prestadora no valor de R\$ 19.703,99 (fls. 940/ 941).

Por sua vez, como consta do acórdão (fls. 1.009/1.011), o Informe 567/2013, de 24/4/2013 (fls. 942/953 - cópia reproduzida às fls. 443/463, citada pela embargante), foi proferido no PADO 53504.026837/2010, no qual se concluiu que, na data específica objeto de amostragem (dia 12/8/2010 - fl. 944), embora não se tenha constatado a mesma 'conduta dolosa', isto é, a derrubada intencional da chamadas dos planos 'Infinity', identificou-se vício de qualidade grave no serviço causado pelo sistema de proteção utilizado pela empresa, que também provocava a interrupção das

Superior Tribunal de Justiça

ligações, fazendo com que a TIM não entregasse aos consumidores o que foi contratado (não prestação do serviço de forma ininterrupta; falta de informação adequada sobre condições de prestação do serviço; comunicação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa; prestação de serviço com qualidade inferior à estabelecida), fato que igualmente resultou na imposição de outra sanção (multa) à prestadora no valor de R\$ 9.576.030,14 (fls. 952/953). Essa infração, constatada e sancionada nos autos do PADO 53504.026837/2010, foi lembrada posteriormente em relatório de nota técnica emitida no Processo 53500.027047/2013 - Nota Técnica 16/2014, de 10/2/2014 (fls. 718/720) -, que inclusive informa que a TIM renunciou expressamente ao direito de recorrer daquela condenação e até mesmo já efetuou o pagamento da multa (item 4.10 - fl. 719).

(...)

Além disso, ao contrário do que afirma, a embargante não foi 'absolvida' no citado Informe de 24/4/2013 (fls. 942/953 - cópia reproduzida às fls. 443/463, citada pela embargante), proferido no PADO 53504.026837/2010, mas também condenada, não por interromper intencionalmente as chamadas dos usuários como ocorreu anteriormente no PADO 53500.006169/2011 ('conduta dolosa'), mas por utilizar sistema de segurança que acabava derrubando as ligações, impedindo assim que os usuários pudessem usufruir dos serviços nos termos em que contratados ('conduta culposa'). Em conclusão, a TIM foi condenada duas vezes, em processos administrativos diferentes, por infrações praticadas em momentos distintos.

Transcrevo, a propósito, a fundamentação do acórdão na parte em que aprecia separadamente cada um desses relatórios produzidos, apontando as respectivas conclusões:

'O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios instaurou o Inquérito Civil Público n. 08190.089527/10-51 para apurar suspeitas de que a TIM estivesse 'derrubando' propositalmente chamadas do plano Infinity.

Em razão disso, o órgão ministerial requisitou à ANATEL fiscalização quanto ao serviço prestado pela TIM, o que foi materializado no Relatório de Fiscalização n° 43/2011/U0001FS (fls. 84/99), cujo período de amostra foi de 25.11.2010 a 18.3.2011 (fl. 84 -verso), que redundou no Auto de Infração n° 001DF20100134, em virtude dos seguintes achados:

'a. a análise de mediações estatísticas dos indicadores de rede referentes aos meses de setembro a outubro de 2010 indicam uma taxa de queda de chamadas relativamente baixas;

b. o número de reclamações registradas na Anatel, referentes aos problemas de complemento e interrupção de chamadas, demonstrou que tais problemas foram reduzidos de

Superior Tribunal de Justiça

maneira significativa a partir do início do mês de dezembro de 2010;

c. os dados obtidos durante a fiscalização permitiram comprovar que a prestadora tem adotado a prática de interrupção de chamadas de longa duração.' (fl. 82).

Segundo a ANATEL, referido Relatório de Fiscalização deu origem ao Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) n. 53500.006169/2011, no qual a TIM foi multada no valor de R\$ 19.703,99 (dezenove mil, setecentos e três reais e noventa e nove centavos) por infração ao inciso 1 do artigo 10 e dos artigos 79 e 80 do RMSF, assim como a cláusula 5.1, § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL em razão de as chamadas serem interrompidas de maneira padronizada a partir do 1h20 de duração, conforme demonstrado no Informe datado de 19.7.2011 de fls. 937/940 que julgou referido PADO:

5.8.2. Todas as quedas apontadas pela fiscalização da Anatel seguem o mesmo padrão:

a. Usuários dos Planos pré e pós pagos com exceção do Plano Da Vinci (plano mais caro da operadora);

b. As chamadas são interrompidas ao completarem aproximadamente 1 hora e 20 minutos, de forma quase padronizada, de acordo com o relatório (ff 16);

c. O lapso temporal entre a chamada interrompida e a sua continuação é de alguns segundos;

d. A chamada interrompida e a sua continuação são originadas e terminadas na mesma ERB. Todos os dados probatórios contidos nos autos demonstram que o usuário sempre estava na mesma ERH, ou seja, sem movimento relevante que justificasse a queda da ligação por causa dos itens elencados em 5.8.1.

5.8.3 Em suma, todos os itens relacionados 5.8.1. seriam determinante caso o usuário realmente estivesse em movimento. Ainda que a prestadora alegue, que na mesma ERB há mais de um setor e que o usuário poderia estar movimentando-se entre ele e susceptível aos efeitos elencados em 5.8.1. cabia a ela, uma vez que teve acesso aos autos antes da elaboração de sua defesa, demonstrar de forma irrefutável, que, nos casos apontados no relatório de fiscalização da Anatel, os usuários em questão estavam deslocando-se entre os setores da mesma ERB. Se não o fez, é porque o usuário estava realmente parado durante o período em que durou a chamada.

5.8.4. (iv) do número de usuários à mesma ERB que

Superior Tribunal de Justiça

lhe atende e (v) do quantitativo de usuários simultâneos on-line associados à mesma ERB (fl. 42) - Todos esses argumentos caem por terra em função dos argumentos citados em 5.8.3. Se a ligação já estava estabelecida e o usuário não estava em movimento, como demonstrado nos autos, não há que se falar em número de usuários associados à mesma ERB e do quantitativo de usuários simultaneamente on-line (taxa de ocupação dos canais da ERB). Esse argumento só faria sentido no início da primeira chamada, mas esse argumento não prospera como justificativa da queda da chamada. Cabe à prestadora garantir a continuidade da chamada após o seu estabelecimento. Qualquer interrupção da chamada sem que a causa seja do usuário (opção 0 ou 1), é de responsabilidade da prestadora.

5.8.5. (vi) do modelo e da configuração da Estação Móvel utilizada pelo usuário, dentre outros fatores externos que porventura venham interferir no sinal (fl. 42) - Mais uma vez não prospera a argumentação da prestadora porque o lapso temporal entre a chamada interrompida e a sua continuação é de alguns segundos. Dizer que a culpa é do terminal apontando exemplos tais como mau contato entre o chip e a Estação Móvel do usuário, fim dos créditos ou fim da carga da bateria, é querer eximir-se da responsabilidade de garantir a continuidade do serviço nos termos do art. 79 do RSMF. Qualquer uma das ações apontadas como falhas do terminal não seriam solucionadas em poucos segundos (intervalo entre a chamada interrompida e a sua continuação), como demonstrado nos autos.

5.9. Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que a prestadora infringiu a determinação contida no inciso 1 do Art. 10, e Arts. 79 e 80, do RSPM, e também infringiu Cláusula 5.1. e § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL no momento em que interfere na continuidade da prestação do serviço, para aqueles usuários com chamadas com duração acima de 1 hora e 20 minutos, de forma que este precisa gerar mais de uma chamada para obter o mesmo resultado que seria obtido caso a primeira chamada não sofresse queda por interferência operadora.' (fls. 938 -verso).

Adiante, foi realizada nova fiscalização pela ANATEL na ré/apelante no período de 5.3.2012 a 25.5.2012, cuja ação teve por objetivo 'verificar se a prestadora DM CELULAR continua 'derrubando' de forma proposital as chamadas de usuários do plano Infinity', conforme Relatório de Fiscalização n. 0014/2012/ER01FV acostado às fls. 101/135, o qual apontou que houve crescimento do problema, bem como que há tratamento desigual entre os clientes dos planos 'não infinity' e 'infinity, porquanto há maior taxa de desligamento nesse com relação àquele:

A ANATEL informou que o Relatório de Fiscalização n. 001412012/ERO1FV foi produzido no âmbito do âmbito do PADO

Superior Tribunal de Justiça

53504.026837/2010 (fl. 936), cujo resultado consta do Informe de 24.4.2013 acostado às fls. 942/952. Em referido Informe, restou consignado que, no caso ora examinado, ao contrário daquele outro, não se pode constatar tratamento discriminatório entre os planos Intinity e os demais na data objeto de análise, 12.8.2010, muito embora o serviço prestado apresentasse falhas graves, comprometendo sua qualidade e ensejando, inclusive, violação das normas contratuais, porquanto havia informação publicitária falsa ou incorreta, o que redundou em sanção por parte do órgão regulador:

5.67. Para a correta avaliação dos argumentos trazidos pela TIM Celular S. A. sobre a desconexão de usuários por tempo máximo de chamada determinado com base em facilidade da Central de Comutação e Controle (a chamada feature de proteção contra fraudes) é necessário antes breve relato de informações pertinentes constantes do PADO nº 53500.006169/2011.

Trata-se de PADO em desfavor da mesma Prestadora, instaurado com base no Auto de Infração nº 001DF20100134, de 23 de março de 2011. Cumpridos os necessários ritos e garantido o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal concluiu-se, conforme item 5.9 do informe nº 371/2011-PVCPAIPVCP, 'que a prestadora infringiu a determinação contida no inciso 1 do art. 10, e arts. 79 e 80, do RSMP, e também infringiu Cláusula 5.1 e § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL no momento em que interfere na continuidade da prestação do serviço, para aqueles usuários com chamadas com duração acima de 1 hora e 20 minutos, de forma que este precisa gerar mais de uma chamada para obter o mesmo resultado que seria obtido caso a primeira chamada não sofresse queda por interferência operadora'. A Prestadora foi, naquela ocasião, sancionada com multa pela conduta ocorrida no Distrito Federal, no período de 25/11/2010 a 18/03/2011.

5.68. O PADO nº 53500.006169/2011 traz o Relatório de Fiscalização nº 0043/2011/L10001FS, de 23 de março de 2011, resultado da fiscalização de registrado na Solicitação de Serviço de Fiscalização (SSF), pasta RADARPVCPA2010000312, criada em 23 de novembro de 2010, para atendimento ao requerimento do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Primeira Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor, formalizado pelo ofício nº 976/2010 - 1ª Prodecon, de 11/11/2010, Sicap nº 53500.027894/2010, que por sua vez visava à obtenção de informações para instruir o Inquérito Civil Público nº 08190.08952 7/10-51.

5.69. Em retrospectiva, é possível identificar que se trata do mesmo tipo de conduta sancionada no PADO nº 53500.006169/2011, o identificado no Relatório de Fiscalização nº 0407120101ERO1FV, quando traz indícios de que a referida

Superior Tribunal de Justiça

facilidade de desconexão de chamadas estaria em operação, com base em uma amostra de chamadas cursadas na rede TIM Celular S. A., realizadas em 12/08/2010, abrangendo todo o país.

5.70. Entende-se, no entanto, que não há que se falar neste caso em tratamento discricionário. Mormente, por se tratar de facilidade da Central de Comutação e Controle (denominada pelo fabricante Ericsson de Long Duration Call Supervision) e não da chamada Rede Inteligente. Essa facilidade é incapaz, portanto, de identificar o plano de serviço de determinado usuário, em determinada chamada.

5.71. Apesar de, conforme alegado pela Prestadora, se tratar de facilidade que objetiva evitar fraudes, resta caracterizado no Relatório de Fiscalização nº 0407/2010/ERO1FV (fl. 12) prejuízo a usuários por desconexão de 26.277 (vinte e seis mil, duzentos e setenta e sete) chamadas com este perfil, em período de seis horas, em 12/08/2010. Em especial, não é justificável, frente ao definido no § 1º, do art. 37, da Lei nº 8.078/1990, a existência de tal facilidade operando na rede enquanto é comercializado um plano de serviço com chamadas ditas de duração ilimitada.

(...)

5.81. De toda sorte, concluiu-se que, analisados os quantitativos de quedas de chamadas na rede da prestadora TIM Celular S. A., os procedimentos internos da prestadora, bem como demais dados constantes dos Relatórios de Fiscalização nº 0407/2010/ERO1FV e nº 0014/2012/ERO1FV, da Nota Técnica nº 00112013-ERO1FV e das peças anexadas aos autos pela Prestadora não se pode afirmar que houve discriminação intencional no tratamento aos usuários de planos de serviço com tarifação por chamadas com o objetivo de obter vantagem.

(...)

5.92. Analisando o laudo técnico elaborado pelo Ericsson e apresentado pela TIM (folha 171 do presente PADO) verifica-se que nos casos em que o usuário de origem ou de destino opta por desconectar a chamada, a rede inteligente envia uma mensagem de Release (ordem de desconexão da chamada) para a outra parte. Assim, analisando apenas o CDR da outra parte, sempre se concluíram que a chamada foi desconectada pela rede, quando na verdade isso não ocorreu. Por isso, para uma correta análise do responsável por uma queda de chamada, é necessário realizar uma análise conjunta dos registros MOC e MTC de cada chamada, o que pode ser realizado agregando os registros através do campo NREF. Nesta análise conjunta restaria claro se determinada desconexão da chamada ocorreu por opção do usuário que originou a chamada, por opção do usuário que recebeu a chamada, se foi provocada por falha na rede do

Superior Tribunal de Justiça

originador (queda provocada por A), ou se foi provocada por falha rede do usuário que recebeu a chamada (queda provocada por B).

5.93. Entretanto, como a análise apresentada no Relatório de Fiscalização nº 0014120121ER01FV, apesar de agregar os registros MOC e MTC de cada chamada, levou em consideração apenas o campo INDREL dos registros MOC, concluiu-se que alguns casos em que o usuário de destino desligou a chamada foram contados no numerador do SMP7, já que o campo INDREL dos registros MOC dessas chamadas estavam marcados com o valor 2 (rede desliga), em virtude do recebimento do Release enviado pela rede inteligente.

5.94. Portanto, são válidos os argumentos da prestadora no sentido de não haver falso-negativos nos registros de chamadas em que o usuário de destino desliga, mas sim um procedimento normal de troca de sinalização entre os elementos de rede gerenciados pela rede inteligente da TIM, fornecida pela Ericsson.

5.95. Por fim, dada a análise de todos os argumentos apresentados pela prestadora referente à metodologia de cálculo do SMP7 utilizada pelo ER01 tanto no Relatório de Fiscalização nº 0014/2012/ERO1FV quanto na Nota Técnica nº 01/2013-ERO1FV, resta concluído que a metodologia de cômputo dos índices A e B relativos ao indicador SMP7 do PGMQ, quais sejam a quantidade de queda de chamadas na rede da prestadora e a quantidade de chamadas cursadas, respectivamente não estão aderentes à regulamentação da Anatel e ao entendimento desta Superintendência de Serviços Privados.

(...)

5.97. Observa-se que a Prestadora praticou conduta em que há usuário prejudicados pela não prestação de serviços de forma ininterrupta, pela falta de informação adequada sobre condições de prestação de serviço, pela comunicação de caráter publicitário inteira ou parcialmente falsa e pela prestação de serviço com qualidade inferior à regulamentar, motivos pelos quais a infração merece ser considerada grave (art. 9º, § 3º, III, do Anexo à Resolução nº 589/2012).

(...)

6.1. Diante do exposto, com fundamento no art. 173, II, da Lei Geral de Telecomunicações, Lei 9.472/1997, e nos arts. 9º, § 3º, 10, 17, 18, 19, 20 e 21, todos do Regulamento de Aplicações de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012, sugere-se aplicação a TIM CELULAR S. A., inscrita no CNPJ nº 04.206.050/0001-80, da sanção de multa, no valor de R\$ 9.576.030,14 (nove milhões,

Superior Tribunal de Justiça

quinhentos e setenta e seis mil, trinta reais e quatorze centavos), por infração ao inciso III, do art. 6º, c/c art. 79, do RSMP, anexo à Resolução nº 477 de 07/08/2007 e art. 37 do Código de Defesa do Consumidor - CDC, Lei nº 8.078, de 11/09/1990; e infração ao art. 16 do Regulamento de Indicadores de Qualidade do Serviço Móvel Pessoal - RIQ-SMP- anexo à resolução nº 335, de 17 de abril de 2003.' (fls. 947/952).

Registre-se que a sanção aplicada nesse PADO diz respeito ao ilícito constatado no mês de agosto de 2010, no qual a ré apontou a queda das chamadas ocorrera em razão do sistema de combate à fraude produzido pela fabricante Ericsson, o que não teria a capacidade de distinguir qual tipo de cliente para fins de direcionar a queda das chamadas. Ademais, a ré informou que tal recurso foi cessado em 2010 em razão do desconforto gerado com o Auto de Infração:

'5,54. Quanto ao uso da feature de proteção contra fraudes, que desconecta as chamadas após que atingirem duração, a TIM alega que tal recurso era utilizado, em algumas centrais do fabricante Ericsson, pela área da Prestação responsável pelo combate e prevenção a fraudes, a partir da necessidade de combate a eventos criminosos. Assim, a prestadora reconheceu o uso da feature, porém informou que, devido ao desconforto causado a partir de Auto de Infração lavrado pela Anatel, a utilização de tal recurso foi cessada em 2010. Ademais, a Prestadora informou que as chamadas faturadas e cobradas por evento com duração acima de (60) minutos, supostamente alcançadas pela feature de proteção, correspondiam a 0,38% deste grupo de chamadas, valor muito pequeno e insuficiente para evidenciar qualquer tratamento discriminatório a esses usuários ou ocasionar percentuais de queda de chamadas da ordem de 35% como apontados no item 4.12.4.2. da Nota Técnica. (fl. 945 -verso).

Pois bem.

Pelos PADOs acima apresentados e seus respectivos Informes, pode-se extrair as seguintes conclusões, a saber:

A) no PADO n. 53504.026837/2010, no qual foram realizadas mais de uma fiscalização, não constatou a derrubada proposital das chamadas do plano Infinity, mas um defeito na qualidade do serviço decorrente do sistema de proteção às fraudes, o que impediu que a TIM entregasse aos consumidores o que foi por eles contratado nos termos da ampla campanha publicitária veiculada pela ré, consistente em ligações com duração ilimitadas com a cobrança apenas no primeiro minuto. A TIM, quanto a esse particular, apontou em sua defesa perante o agente regulador que tal aplicação foi cessada em 2010. Em razão dos danos aos consumidores, cuja amostragem se deu em 12.8.2010, a ré foi multada.

Superior Tribunal de Justiça

B) no PADO n. 53500.006169/2011, iniciado a partir de demanda do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que visava investigar as denúncias de 'derrubada' proposital das ligações do plano Infinity no Distrito Federal, constatou que, de fato, no período de amostragem de 25.11.2010 a 18.3.2011, a ré derrubava de maneira proposital as chamadas com duração superior a 1 hora e 20 minutos dos planos Infinity, vez que tal prática se dava de maneira quase padronizada, dentro da mesma rede, sem que tivesse havido deslocamento do consumidor, a qual, em razão da queda da ligação, era forçado a efetuar nova chamada segundos depois, redundando em nova cobrança. Essa ação da ré, como se percebe pelo que foi decidido pelo órgão regulador, não se deu por culpa ou má qualidade de serviço, mas por ação deliberada, vez que não prosperaram nenhum de seus argumentos defensivos. Ademais, tal prática ocorreu após alegada cessão no ano de 2010, vez que a amostragem se deu entre novembro de 2010 e março de 2011, quando, segundo a ré, já havia cessado com a aplicação de derrubada de ligações dentro do sistema de combate a fraudes. Destarte, o fato alegado na inicial, no sentido de que a ré derrubava intencionalmente as ligações dos planos Infinity, após 1 hora e 20 minutos de duração, está suficientemente provado, de sorte que está demonstrado o ato ilícito praticado pela ré, o qual, obviamente, violou os consumidores clientes que tiveram que efetuar nova ligação com o custo do primeiro minuto, bem como toda a coletividade que foi exposta às agressivas campanhas publicitárias que prometiam ligações com duração ilimitada, sem interrupções, com a cobrança apenas do primeiro minuto.

Nota-se, portanto, que em agosto de 2010, quando da primeira amostragem, a interrupção das ligações após certo tempo de duração ocorreu por ação ao menos culposa da ré, que mantinha sistema de combate a fraudes que interrompia as chamadas. De novembro de 2010 a março de 2011, período de amostragem do segundo PADO acima referido, a descontinuidade do serviço se deu de maneira dolosa quanto aos planos Infinity após 1 hora e 20 minutos de duração da chamada, o que obviamente impõe responsabilidade à empresa ré fornecedora ante a sua prática abusiva e ilícita, tanto no plano individual como coletivo, que de culposa tornou-se dolosa e discriminatória, como se observa no período de amostragem no PADO n. 53500.006169/2011.

Assim, de forma inicialmente culposa e posteriormente dolosa, a ré promoveu a descontinuidade de serviço essencial que é a telefonia, sobretudo aqueles relacionados aos planos Infinity, nos quais os usuários tiveram que fazer nova ligação em seguida para prosseguirem na comunicação anteriormente iniciada, com inequívoco prejuízo quanto a eles e, por sua vez, lucro, por parte da TIM. Ademais, tal proceder violou, como dito, a mais não poder também toda a coletividade alcançada pela publicidade enganosa difundida a

Superior Tribunal de Justiça

quatro ventos pela ré, como se pode ver às fls. 74 e seguintes dos autos.

Desse modo, a TIM violou os incisos IV e VI do artigo 6º, artigo 20, artigo 22 e artigo 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual deve ser responsabilizada por sua conduta ilícita nos planos individual e coletivo. (...) Como já anotado, no Informe de fls. 942/953, a ANATEL apurou que, no período de seis horas no dia 12.8.2010, 26.277 (vinte e seis mil e duzentos e setenta e sete) usuários foram vítimas da ação da ré ao interromper a ligação.

Ademais, no Informe de fls. 937/940, a ANATEL apurou que, no universo de amostragem de 48 usuários que tinham tempo superior a 4700 segundos de conexão, 8 (o que totaliza 19,89%) tiveram dolosamente interrompidas suas chamadas, o que releva, em termos percentuais, um número elevado, muito embora não tenha sido considerado para fins de aplicação da multa quando comparado com o total de usuários no Distrito Federal que no período de amostragem era de 4.467.488 (quatro milhões, quatrocentos e sessenta e sete mil e quatrocentos e oitenta e oito) (fls. 939 -verso). (fls. 1.008/1.012)" (fls. 1.286/1.296, e-STJ - grifou-se).

Logo, mostra-se claro que o acolhimento da pretensão recursal demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento inadmissível ante a natureza excepcional da via eleita, conforme disposto na Súmula nº 7/STJ.

A par disso, é de se ter presente que, de acordo com entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado, a responsabilidade do fornecedor de serviço nas relações de consumo é objetiva e, como tal, prescinde da apuração do aspecto volitivo do fornecedor do serviço, sendo fundamental apenas a apuração da conduta e a existência do nexo de causalidade entre esta e o dano imposto ao consumidor. E, no caso, a presença de tais elementos apresenta-se absolutamente incontestável.

A propósito, entre inúmeros outros, destacam-se os seguintes precedentes:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. ATRASO NA ENTREGA DE VEÍCULO. SOLIDARIEDADE (SÚMULA 83/STJ). MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 7/STJ). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULAS 282 E 356 DO STF). DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO (SÚMULA 284/STF). RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Não enseja a interposição de recurso especial matéria que não tenha sido debatida no acórdão recorrido e sobre a qual não tenham sido opostos embargos de declaração, a fim de suprir eventual omissão. Ausente o indispensável

Superior Tribunal de Justiça

- prequestionamento, aplicam-se, por analogia, as Súmulas 282 e 356 do STF.*
- 2. Esta Corte Superior entende ser objetiva a responsabilidade do fornecedor no caso de defeito na prestação do serviço, desde que demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo ou o fato do serviço, ressalvadas as hipóteses de culpa exclusiva do consumidor ou de causas excludentes de responsabilidade genérica, como força maior ou caso fortuito externo.*
- 3. É solidária a responsabilidade objetiva entre os fornecedores participantes e favorecidos na mesma cadeia de fornecimento de produtos ou serviços. Incidência da Súmula 83/STJ.*
- 4. Na espécie, o Tribunal de origem, examinando as circunstâncias da causa, concluiu pela responsabilidade de ambas as fornecedoras pela má prestação do serviço. Nesses termos, a modificação desse entendimento, a fim de reconhecer culpa exclusiva da corre, demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).*
- 5. Agravo interno desprovido. "(AgInt no AREsp 1.598.606/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 17/12/2020 - grifou-se)*

"DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. ALUNO PORTADOR DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. ALEGAÇÃO DE QUE FOI 'CONVIDADO A SE RETIRAR' DA ESCOLA. RESPONSABILIDADE POR FATO DO SERVIÇO. EXCLUDENTES. ÔNUS DA PROVA. FORNECEDOR. ART. 14, § 3º, DO CDC.

- 1. Ação ajuizada em 08/06/2015. Recurso especial interposto em 04/04/2019 e concluso ao Gabinete em 28/11/2019.*
- 2. O propósito recursal consiste em dizer a qual das partes incumbe o ônus de comprovar a falha na prestação dos serviços educacionais ou, por outro lado, a ausência de defeito, no que concerne ao tratamento dispensado ao aluno portador de Transtorno do Espectro Autista e ao alegado 'convite' para se retirar da instituição de ensino.*
- 3. De acordo com o disposto no art. 14 do CDC, o fornecedor responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
- 4. O defeito do serviço se apresenta como pressuposto especial à responsabilidade civil do fornecedor pelo acidente de consumo, devendo ser averiguado conjuntamente com os demais pressupostos da responsabilidade civil objetiva, quais sejam, a conduta, o nexo de causalidade e o dano efetivamente sofrido pelo consumidor.*
- 5. O CDC, com o objetivo de facilitar a defesa, em juízo, dos direitos dos consumidores-vítimas dos acidentes de consumo, conferindo-lhes maior proteção, estabeleceu hipótese legal de inversão do ônus da prova, determinando que cabe ao fornecedor, no desiderato de se eximir de responsabilidade, comprovar alguma das excludentes previstas no § 3º do art. 14 do CDC, ou seja, que o defeito inexistente ou que o dano resulta de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*
- 6. Demonstrando o consumidor, na ação por si ajuizada, que o dano sofrido decorreu do serviço prestado pelo fornecedor, a esse último compete comprovar, por prova cabal, que o evento danoso não derivou de defeito do serviço, mas de outros fatores.*

Superior Tribunal de Justiça

7. *Recurso especial conhecido e provido.*" (REsp 1.875.164/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 19/11/2020 - grifou-se)

Logo, no ponto, o apelo nobre não ultrapassa os óbices contidos nas Súmulas nºs 7 e 83/STJ.

vi) Da alegada inexistência de publicidade enganosa ou abusiva (violação dos arts. 6º, incisos IV e V, 20, 22 e 37 do Código de Defesa do Consumidor)

A recorrente sustenta que *"não há nos autos qualquer prova (ou mesmo indicação) de qual publicidade específica da TIM teria sido enganosa/abusiva"* (fl. 1.372, e-STJ).

E aqui, novamente, a alegação formulada pela recorrente não encontra suporte na prova produzida nos autos.

Conforme esclarecido pelo Tribunal de origem quando do julgamento dos embargos de declaração opostos pela TIM,

"(...) o ilícito atribuído à embargante (interrupção culposa/dolosa das ligações e cobrança de nova chamada) importou em violação não apenas dos direitos dos consumidores clientes que tiveram que efetuar nova ligação pagando novamente o custo da chamada, como também extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a coletividade que foi exposta às agressivas campanhas publicitárias que prometiam ligações com duração ilimitada, sem interrupções, com a cobrança apenas do primeiro minuto. Inclusive foi indicado expressa e ilustrativamente, folder promocional acostado aos autos que bem demonstra a publicidade difundida, muito embora os planos e promoções das prestadoras sejam ofertados no mercado pelos mais diversos meios (físico, internet, ligações, SMS, etc.).

(...)

Ressalte-se, ademais, que as condições de oferta propriamente ditas dos planos Infinity (oferecimento de ligações com duração ilimitadas e a cobrança apenas no primeiro minuto) não foram questionadas pela embargante e não constituem, intrinsecamente, objeto de controvérsia nos presentes autos, mas sim as consequências das ações levadas a efeito pela embargante com a interrupção das ligações e cobrança de nova chamada, contrariando a proposta disseminada e as disposições contratuais" (fls. 1.299/1.301, e-STJ - grifou-se).

Nesse contexto, além de não ser possível o reexame da prova para se chegar a conclusão diversa daquela apontada pela Corte local, a fundamentação desenvolvida nas razões recursais é incapaz de evidenciar o malferimento à legislação invocada, porque não se

Superior Tribunal de Justiça

verifica, no caso concreto, a presença do pressuposto que confere suporte fático à tese defendida, qual seja, a inexistência da juntada aos autos da publicidade tida por enganosa.

Incidem, no particular, os rigores contidos nas Súmulas nº 7/STJ e nº 284/STF.

Nesse ponto, merecem destaque os seguintes precedentes:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. LIMITAÇÃO DE DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA Nº 284/STF. REVISÃO DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.112/90 A SERVIDOR DISTRITAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 280/STF. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1. Na hipótese em que apontado como violado dispositivo de lei sem comando normativo apto para infirmar os fundamentos do acórdão atacado, e, estando as razões recursais aquém do necessário para se chegar a conclusão contrária ao juízo do Tribunal a quo e às premissas jurídicas assentadas no acórdão diante do contexto fático apresentado, impõe-se a aplicação da Súmula nº 284/STF. Precedentes.

2. O acolhimento das proposições recursais, em detrimento da conclusão do Tribunal de origem - feita com base na interpretação do Decreto nº 6.386/2008 e do artigo 45 da Lei nº 8.112/90 -, é vedado a este Superior Tribunal de Justiça, em decorrência da aplicação do disposto na Súmula 280/STF: 'Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário'.

3. De acordo com esta Corte, 'a Lei nº 8.112, de 1990, quando aplicada aos servidores públicos do Distrito Federal, por força da Lei Distrital n.º 197, de 1991, tem natureza local, sendo inviável o exame da sua aplicação em sede de recurso especial'. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.534.130/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015 - grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DEPÓSITO. EXTINÇÃO. RESPONSABILIDADE DA DEPOSITÁRIA POR DÍVIDA CONTRAÍDA POR TERCEIRO. ARGUMENTAÇÃO DISSOCIADA DAS PREMISSAS DE FATO ASSENTADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL SÚMULAS Nº 283 E 284 DO STF. MANUTENÇÃO DO JULGADO PELOS SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A violação dos temas inseridos nos dispositivos tidos por ofendidos não foi enfrentada pelo Tribunal de origem nem mesmo depois da oposição dos embargos de declaração. Assim, caberia à parte, nas razões do seu especial, alegar a violação do art. 535 do CPC, a fim de que esta Corte pudesse averiguar a existência de possível omissão no julgado, o que não foi feito.

2. A linha argumentativa desenvolvida no recurso especial é incapaz de evidenciar as apontadas violações aos dispositivos legais invocados, pois parte de premissa fática divorciada daquelas fixadas pela instância ordinária.

3. Tendo o Tribunal de origem partido do entendimento de que os títulos não possuíam aptidão para garantir a dívida, é patente a deficiência na fundamentação recursal, seja porque incapaz de demonstrar a plausibilidade das alegações formuladas, seja porque se mostra dissociada da fundamentação

Superior Tribunal de Justiça

adotada pela Corte estadual.

4. Não sendo a linha argumentativa apresentada pelo agravante capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

5. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.361.603/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015 - grifou-se)

vii) Da alegação de inexistência de comprovação dos prejuízos individuais e de sua extensão (artigos 6º, 20, 22, 37, 95 e 97 do Código de Defesa do Consumidor, 884 e 944 do Código Civil e 373, I, do CPC/2015)

A recorrente defende a inexistência de prejuízo patrimonial causado aos usuários, motivo pelo qual o pagamento da indenização individual acarretaria o enriquecimento indevido desses consumidores.

A alegação, além de ser, mais uma vez, frontalmente contrária à prova produzida nos autos, é destituída de lógica.

A derrubada pela operadora - dolosamente ou não - das ligações após o primeiro minuto de utilização da linha pelo usuário evidencia o descumprimento da oferta publicitária que prometia "ligações ilimitadas" com a cobrança apenas do primeiro minuto, o que, a toda evidência, gerou reiterado prejuízo financeiro aos clientes da TIM, que foram forçados a arcar com o custo de uma nova ligação acaso desejassem dar continuidade à primeira.

Tal circunstância ficou categoricamente delineada pelo aresto recorrido, ao consignar que,

"(...) no plano individual, é inequívoco o dano causado aos consumidores que, além de serem vítimas de propaganda enganosa, tiveram que refazer ligações para continuar a chamada em virtude da interrupção culposa e/ou dolosa do serviço, especialmente os integrantes dos planos Infinity, arcando novamente com o custo do primeiro minuto de ligação (prejuízo material)" (fl. 1.297, e-STJ).

Nesse cenário, a afirmação de que *"os usuários que se sentiram prejudicados certamente já poderiam ter ajuizado demandas individuais pleiteando a condenação da TIM ao pagamento de indenização por suposto dano material"* (fl. 1.371 e-STJ) beira a excentricidade.

Superior Tribunal de Justiça

De fato, insinuar a necessidade de que os consumidores comprovem, pontualmente, uma a uma, as ligações que foram interrompidas a fim de que possam ser reparados por uma prática manifestamente lesiva a toda a uma coletividade de consumidores, cabalmente comprovada nos autos após o encerramento de vários procedimentos administrativos, configura uma evidente aposta na impunidade.

Isso porque o consumidor individual não tem a expertise, nem as condições materiais necessárias para produzir a prova de que o verdadeiro motivo da queda das ligações seria uma ação orquestrada pela operadora, ou mesmo para provar que a derrubada das conversas teria origem em uma falha da prestação do serviço causada por um programa de segurança, uma rotina (feature) de segurança operada pela TIM, entre outras circunstâncias que foram devidamente investigadas por agentes especializados e que restaram todas comprovadas nos autos.

De fato, tratando-se de prova de difícil e sofisticada produção (prova diabólica), torna inviável, senão impossível, a busca individual do consumidor por uma justa reparação, o que denota a extrema importância do papel desempenhado pelo Parquet na defesa dos direitos individuais homogêneos representados nos autos.

Ao mesmo tempo, a impossibilidade de se aferir, individualmente, a extensão do prejuízo material causado a cada consumidor lesado pela prática abusiva comprovada nos autos não significa a impossibilidade de se estabelecer, mediante parâmetros técnicos e proporcionais, uma adequada indenização, o que, no caso, deverá ocorrer na fase de liquidação, nos termos dos arts. 95 e 97 do CDC.

Nesse aspecto, cumpre destacar que, de acordo com o entendimento do STJ, a sentença genérica proferida em ação civil coletiva não imputa ao vencido uma dívida líquida e certa, já que o provimento judicial genérico fixou apenas a responsabilidade da recorrente pelos danos suportados pelos clientes, sendo necessária a liquidação da sentença antes de se pleitear o cumprimento da sentença.

Confirmam-se:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE RÉ.

1. Inexiste afronta ao art. 1.022 do CPC/2015 quando a Corte local se pronuncia de forma clara e suficiente acerca das questões suscitadas nos autos, se manifestando sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo.

2. A sentença de procedência na ação coletiva tendo por causa de pedir danos referentes a direitos individuais homogêneos (art. 95 do CDC) será, em regra, genérica, dependendo, assim, de superveniente liquidação, não

Superior Tribunal de Justiça

apenas para simples apuração do quantum debeatur, mas também para a aferição da titularidade do crédito (art. 97, CDC). Precedentes.

3. Agravo interno desprovido.” (AglInt no REsp 1.596.773/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018 - grifou-se)

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETA DE POUPANÇA. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DA SENTENÇA. ACÓRDÃO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, firmada no julgamento do Recurso Especial 1.247.150/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos, a sentença proferida em ação civil pública, por si, não confere ao vencido o atributo de devedor de quantia certa ou já fixada em liquidação (art. 475-J do CPC/1973), porquanto, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, apenas fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95 do CDC).

2. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado.

3. Agravo interno improvido.” (AglInt no AREsp 1.113.520/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/11/2017, DJe 17/11/2017 - grifou-se)

Assim, a linha argumentativa desenvolvida pela recorrente se revela incapaz de evidenciar o malferimento da legislação federal invocada, seja porque dissociada das premissas de fato assentada pela Corte local, seja porque não demonstra a forma pela qual o acórdão recorrido teria violado as normas indicadas. Nesse contexto, a fundamentação recursal é absolutamente deficiente, o que atrai a incidência dos óbices contidos nas Súmulas n°s 283 e 284/STF.

Sobre o tema:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. Considera-se deficiente a fundamentação quando o conteúdo normativo dos dispositivos tidos como violados não são capazes de amparar a discussão posta a desate e/ou os argumentos invocados no recurso não demonstram como o acórdão recorrido violou o artigo arrolado, o que importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. Agravo interno não provido” (AglInt no AREsp 892.216/MG, Rel. Ministra NANCY

Superior Tribunal de Justiça

ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 10/11/2017 - grifou-se).

viii) Da condenação à publicação da parte dispositiva da sentença em jornal de grande circulação (violação do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor)

A recorrente alega que a condenação, confirmada pelo acórdão recorrido, à publicação da parte dispositiva da sentença em jornal de grande circulação não encontra embasamento legal.

Segundo a TIM,

"(...) nem a Lei da Ação Civil Pública, nem o Código de Defesa do Consumidor, impõem a obrigação em questão. O que existe é a previsão de publicação de edital para a habilitação dos interessados na demanda (art. 94 do Código de Defesa do Consumidor), o que já foi feito nesta demanda (sem que tivesse havido, ressalte-se, uma única habilitação sequer - o que também demonstra a ausência do alegado dano moral coletivo)"(fl. 1.377, e-STJ).

O Tribunal de origem, ao apreciar o tema, consignou:

"(...)

Como um dos elementos objetivos da demanda, o pedido (providência que se pede ao Poder Judiciário) constitui o núcleo da pretensão processual; a consequência jurídica (eficácia) que se pretende ver realizada pela atividade jurisdicional; o efeito jurídico do fato posto como causa de pedir (DIDIER JUNIOR, Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 565).

Na hipótese, foi formulado pedido expresso objetivando condenação da requerida/embarcante em obrigação de fazer, consistente na publicação da parte dispositiva da sentença em jornal de grande circulação a fim de que os consumidores e a sociedade consumerista em geral tomassem ciência do comando sentencial (item 8.3.2 - fl. 46).

Trata-se de pedido que, abstrata e idealmente, não encontra qualquer inviabilidade dentro do ordenamento jurídico. Além disso, do seu cotejo com o direito material, entendeu-se, ao final, pela possibilidade de acolhimento.

Nesse sentido, o acórdão (fl. 1.015) manteve integralmente a sentença que já havia destacado claramente os fundamentos da condenação:

Superior Tribunal de Justiça

'8 - Da publicação da sentença em jornais de ampla circulação: Diversamente do que sustenta a requerida, não há que se falar em inexistência de dispositivo legal amparando tal pedido.

Como já observado, a conduta da ré importou em propaganda enganosa, vez que a interrupção de chamadas atestou a falsidade da tarifa única alardeada pela ré para realização de chamadas. É oportuno observar que tal propaganda continuou a ser veiculada até tempos recentes, não havendo sequer que se falar em ausência de causa e efeito entre a conduta indevida e a publicidade enganosa, sendo patente a reiteração deliberada da falsa propaganda.

Com efeito, a possibilidade de imposição de contrapropaganda possui guarida no próprio CDC, como se observa do artigo 60, caput, e § 1º.

Eis o seu teor:

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva.

No caso em tela, há propaganda enganosa, vez que a requerida veiculou propaganda parcialmente falsa (já que as interrupções de chamadas eram incompatíveis com a tarifa única para cada ligação), induzindo em erro o consumidor acerca da natureza do serviço, de sua qualidade e quantidade, nos termos do artigo 37, § 1º, do CDC.

Assim, considerando os anos de exposição da sociedade à referida propaganda enganosa, o pleito do MPDFT parece adequado e proporcional à presente situação fática. (fl. 691)'

Não houve, portanto, omissão.

É importante reforçar que no caso existe a peculiaridade de se tratar de ação que envolve relação de consumo, cujas normas de proteção, que são de ordem pública e interesse social (art. 1º do CDC), primam pela efetiva proteção dos consumidores, o que implica na garantia da adequada informação quanto aos produtos e serviços que foram ou serão ofertados no mercado de consumo (art. 6º, III do CDC); a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (art. 6º, IV do CDC); a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (art. 6º, VI do CDC); e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais,

Superior Tribunal de Justiça

coletivos ou difusos (art. 6º, VII do CDC).

Tratando-se, ademais, de ação coletiva, que tem por finalidade a defesa de direitos e interesses dos consumidores (arts. 81 e 83 do CDC), a ampla publicidade emana como preceito fundamental e se funda no caráter social protecionista da relação (art. 94 do CDC). Nesse contexto, a divulgação em grande extensão do seu resultado em jornal local de grande circulação e/ou por meio das entidades de defesa do consumidor constitui providência inerente à sua natureza, possibilitando que eventuais interessados possam se habilitar e fazendo valer o direito reconhecido.

Desse modo, a partir da interpretação sistemática do microsistema consumerista, tem-se que a ampla divulgação da decisão judicial positiva em ação coletiva constitui premissa essencial para viabilizar a sua efetivação executória pelos beneficiários. Almejar que seja diferente significa esvair a sua eficácia, tornando inócua a providência jurisdicional reconhecida. Se, todavia, os fundamentos ou a conclusão do acórdão não se mostram suficientes ou corretos na opinião dos embargantes, eventual irresignação dessa natureza deve ser apresentada na via recursal adequada, pois extrapola os limites estabelecidos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil” (fls. 1.313/1.315, e-STJ - grifou-se).

Nesse contexto, verifica-se que a fundamentação da recorrente se encontra absolutamente dissociada dos fundamentos apontados pelo acórdão recorrido, que, ao contrário da tese defendida no apelo nobre, pontuou, com detalhamento e precisão, vários dispositivos legais que, ao menos em tese, dariam suporte à determinação contida na sentença proferida na ação civil pública.

Por essa razão, o apelo nobre não ultrapassa os rigores contidos na Súmula nº 283 /STF.

Além disso, a Terceira Turma desta Corte vem decidindo que a adequada publicidade dos atos processuais é imprescindível nas ações civis públicas, a fim de possibilitar aos substituídos processuais o exercício do direito genérico contido na sentença de procedência da ação coletiva de consumo.

De fato, nos termos da jurisprudência consolidada no âmbito do STJ, o juiz deve assegurar o resultado prático do direito reconhecido na sentença, determinando todas as providências legais que entender necessárias para a satisfação do direito dos beneficiários do demanda, entre as quais a de prever instrumentos para que os interessados individuais “*tomem ciência do decisum e providenciem a execução do julgado*” (REsp nº 1.285.437/MS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 2/6/2017).

No mesmo sentido:

Superior Tribunal de Justiça

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO. CONSÓRCIO. DESISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. CORREÇÃO PLENA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÍTIDO PROPOSITO PROTETATÓRIO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 98/STJ. FASE DE LIQUIDAÇÃO. PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. MEIOS. REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. EFETIVIDADE E PROPORCIONALIDADE. ART. 257, II, DO CPC/15.

1. Ação coletiva de consumo, em fase de liquidação, na qual se busca o cumprimento de sentença de procedência que determinou à recorrente a devolução dos valores desembolsados pelos consorciados desistentes de forma atualizada, com incidência plena de correção monetária e de juros moratórios.

2. Recurso especial interposto em: 05/02/2019; conclusos ao gabinete em: 28/06/2019; aplicação do CPC/15.

3. O propósito recursal consiste em determinar: a) se os embargos de declaração possuíam natureza protetatória e se era cabível a imposição da multa do art. 1.026, § 2º, do CPC/15; e b) quais os meios adequados e efetivos pelos quais se deve conferir publicidade à sentença de procedência proferida em ação coletiva de consumo relacionada a interesses individuais homogêneos.

4. Afasta-se a multa do § 2º do art. 1.026 do CPC/15 quando não se caracteriza o intento protetatório na interposição dos embargos de declaração, como ocorre na espécie.

5. A tutela coletiva de interesses individuais homogêneos se desdobra em duas etapas, sendo que a efetivação do direito reconhecido na fase do conhecimento ocorre na liquidação e no cumprimento de sentença, em que são averiguadas as características individuais de cada relação jurídica particular e na qual predomina o princípio da primazia do cumprimento individual, com a legitimação, em regra, dos efetivos lesados pela prática ilegal reconhecida no conhecimento.

6. O juiz deve assegurar o resultado prático do direito reconhecido na sentença, determinando todas as providências legais que entender necessárias para a satisfação do direito dos beneficiários da demanda, entre as quais, a de prever instrumentos para que os interessados individuais tomem ciência da sentença e providenciem a execução do julgado. Precedentes.

7. Sob a égide do CPC/15, foi estabelecida a regra de que a publicação de editais pela rede mundial de computadores é o meio mais eficaz da informação atingir um grande número de pessoas, devendo prevalecer, por aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade, sobre a onerosa publicação em jornais impressos. Precedentes.

8. Recurso especial provido." (REsp 1.821.688/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 03/10/2019 - grifou-se)

Logo, a posição adotada pela Corte de origem se alinha ao entendimento jurisprudencial do STJ, atraindo também a incidência da Súmula nº 83/STJ.

ix) Da ausência da prova do dano moral coletivo e do excesso do montante indenizatório (violação dos artigos 1º e 13 da Lei nº 7.347/1985 e 186 e 884 do

Superior Tribunal de Justiça

Código Civil)

A recorrente assevera que foi condenada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) "sem que tenha havido qualquer prova do dano em primeira e segunda instâncias" (fl. 1.372, e-STJ).

Afirma que não agiu de má-fé, não praticou nenhum ato ilícito, conforme foi reconhecido pela própria ANATEL, e que "não há nos autos qualquer prova do alegado dano causado à sociedade, muito menos de cunho moral" (fl. 1.373, e-STJ).

Defende, ainda, que, caso não se afaste a condenação, que seja reduzido drasticamente o valor da indenização para no máximo R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

No que se refere à ofensa aos arts. 1º e 13 da Lei nº 7.347/1985, verifica-se que as matérias versadas nos dispositivos apontados como violados no recurso especial não foram objeto de debate pelas instâncias ordinárias, embora opostos embargos de declaração. Assim, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ: *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."*

Além disso, a deficiência na fundamentação recursal ficou amplamente evidenciada, tendo em vista que a recorrente, apesar de indicar os artigos 1º e 13 da Lei nº 7.347/1985 como malferidos, não demonstrou a forma pela qual eles teriam sido contrariados pelo acórdão recorrido, inviabilizando a compreensão da controvérsia posta nos autos.

De fato, apesar de apontar o malferimento à legislação federal, a linha argumentativa desenvolvida no apelo extremo é incapaz de evidenciar as ofensas aos dispositivos legais invocados, ora porque não há relação da norma invocada com os temas efetivamente discutidos, ora porque não estabelece dialética com as premissas de fato firmadas pelo Tribunal de origem. Nesse contexto, a fundamentação recursal é absolutamente deficiente, o que atrai a incidência dos óbices contidos nas Súmulas nºs 283 e 284/STF.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de

Superior Tribunal de Justiça

declaração.

2. Considera-se deficiente a fundamentação quando o conteúdo normativo dos dispositivos tidos como violados não são capazes de amparar a discussão posta a desate e/ou os argumentos invocados no recurso não demonstram como o acórdão recorrido violou o artigo arrolado, o que importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema.

3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. Agravo interno não provido" (AgInt no AREsp 892.216/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 10/11/2017 - grifou-se).

Especificamente quanto à apontada violação dos arts. 186 e 884 do Código Civil, constata-se que a tese defendida, em mais uma oportunidade, não encontra suporte na narrativa delineada nos autos, pois os pressupostos ensejadores do dever de indenizar foram plenamente caracterizados na hipótese concreta.

Conforme consignado no aresto proferido por ocasião do julgamento dos aclaratórios opostos,

"(...) o dano decorrente da conduta praticada pela embargante extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a comunidade que foi vítima de sua publicidade enganosa e abusiva, uma vez que, ao contrário do anunciado, na prática o serviço oferecido não se mostrava ilimitado e ininterrupto. Essa situação revela a ocorrência também de um dano moral coletivo, porquanto a sociedade consumidora de telefonia celular móvel, que corresponde à grande maioria dos habitantes do país na atualidade, foi enganada, aviltada, ludibriada pela publicidade enganosa e por suas ações, o que fez romper a confiança necessária que a comunidade deve ter nos concessionários de serviços públicos, notadamente aqueles de caráter essencial como o de telecomunicações.

Transcrevo, a propósito, a fundamentação do acórdão que realiza claramente o cotejo entre as condutas praticadas pela requerida/embargante e os danos provocados aos consumidores/usuários:

'Nota-se, portanto, que em agosto de 2010, quando da primeira amostragem, a interrupção das ligações após certo tempo de duração ocorreu por ação ao menos culposa da ré, que mantinha sistema de combate a fraudes que interrompia as chamadas. De novembro de 2010 a março de 2011, período de amostragem do segundo PADO acima referido, a descontinuidade do serviço se deu de maneira dolosa quanto aos planos Infinity após 1 hora e 20 minutos de duração da chamada, o que obviamente impõe responsabilidade à empresa ré fornecedora ante a sua prática abusiva e ilícita, tanto no plano individual como coletivo, que de culposa tornou-se dolosa e discriminatória, como se observa no

Superior Tribunal de Justiça

período de amostragem no PADO n. 53500.006169/2011.

Assim, de forma inicialmente culposa e posteriormente dolosa, a ré promoveu a descontinuidade de serviço essencial que é a telefonia, sobretudo aqueles relacionados aos planos Infinity, nos quais os usuários tiveram que fazer nova ligação em seguida para prosseguirem na comunicação anteriormente iniciada, com inequívoco prejuízo quanto a eles e, por sua vez, lucro, por parte da TIM. Ademais, tal proceder violou, como dito, a mais não poder também toda a coletividade alcançada pela publicidade enganosa difundida a quatro ventos pela ré, como se pode ver às fls. 74 e seguintes dos autos.

Desse modo, a TIM violou os incisos IV e VI do artigo 6º, artigo 20, artigo 22 e artigo 37, todos do Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual deve ser responsabilizada por sua conduta ilícita nos planos individual e coletivo.

No plano individual, é inequívoco o dano causado aos consumidores, além de serem vítimas da propaganda enganosa, tiveram que refazer a ligação para continuar a chamada em virtude da interrupção culposa e/ou dolosa do serviço, mormente àqueles integrantes dos planos Infinity, arcando novamente com o custo do primeiro minuto de ligação.

De outra parte, o dano praticado pela ré por meio de sua conduta culposa e dolosa extrapolou a mera relação individual, alcançando toda a comunidade que foi vítima de sua publicidade enganosa e abusiva, já que havia a interrupção das ligações.

Essa situação revela a ocorrência também de um dano moral coletivo, porquanto a sociedade consumidora de telefonia celular móvel, que é quase a totalidade dos habitantes de um país na atualidade, foi enganada, aviltada, ludibriada pela publicidade enganosa e por suas ações, o que fez romper a confiança necessária que a comunidade deve ter nos concessionários de serviços públicos, notadamente aqueles de caráter essencial como o de telecomunicações.

A propósito, Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto assim conceituam o dano moral coletivo:

'Assim, podemos conceituar o dano moral coletivo como o resultado de toda a ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa cantil o patrimônio da coletividade considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de consequências históricas.' (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. 59 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, v. 3, 353).

No mesmo sentido, também leciona Paulo Sérgio Uchoa Ferraz de Camargo:

'De forma mais sintética, temos a definição de André Gustavo Corrêa Andrade 'o dano moral coletivo constitui agressão a bens e valores jurídicos comuns a toda coletividade ou parte dela. Parte-se, pois da idéia de um patrimônio moral coletivo e indivisível, inerente aos homens em sua dimensão

Superior Tribunal de Justiça

social'. Sendo assim, temos que o dano moral coletivo extrapola os limites do dano moral individual, passando a atingir a honra e a dignidade de um contingente maior de pessoas. Tal situação coaduna-se com os direitos de terceira geração, inserindo no bojo dos interesses transindividuais a efetiva tutela do dano moral sofrido pela coletividade.' (CAMARGO, Paulo Sérgio Uchoa Ferraz de. *Dano moral coletivo. Uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos. São Paulo: Almedina, 2016, p. 134/135).*

A propósito, essa também é a compreensão do Superior Tribunal de Justiça quanto aos danos morais coletivos:

O dano moral coletivo atinge interesse não patrimonial de classe específica ou não de pessoas, uma afronta ao sentido geral dos titulares da relação jurídica-base.' (Resp n. 1.197.654, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 8.3.2012).

'1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.' (Resp n. 1.057.274, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 26.2.2010).

Este Tribunal de Justiça, em precedente de minha relatoria, também sufragou a tese de cabimento de dano moral coletivo na hipótese de propaganda enganosa apresentada por sociedade empresária concessionária de serviço de telefonia móvel:

(...)

Portanto, no caso dos autos, em razão da publicidade enganosa e da ação culposa e posteriormente dolosa em interromper as chamadas do plano Infinity, pelo qual as chamadas teriam duração ilimitada, cobrando-se apenas o primeiro minuto, a partir de certa duração, obrigando os consumidores a efetuarem onerosamente outra ligação, está suficientemente demonstrado o dano moral coletivo suportado por toda a coletividade de usuários e pretensos usuários dos serviços da ré.' (fls 1.011v/1.014).

No mesmo sentido, destacou o 3º Vogal em seu voto:

'Em relação à configuração do dolo na conduta perpetrada pela empresa, sendo esse um dos critérios utilizados no arbitramento da indenização por danos morais coletivos, insta esclarecer que, embora o dolo seja classificado

Superior Tribunal de Justiça

como elemento subjetivo da conduta, não se pode confundir-lo com um aspecto puramente psicológico, que encerre apenas o desejo intrínseco à mentalidade do agente.

Em verdade, o dolo deve ser aferido a partir de circunstâncias fáticas expressas no caso concreto, a partir das quais se depreende o elemento volitivo do agente, sobretudo quando se trata de pessoa jurídica, que possui conhecimento técnico para descrever, em sua oferta, as características do serviço que presta, a partir do qual desenvolve sua atividade empresarial e obtém o respectivo lucro.

Nesse diapasão, conforme apurado pela ANATEL, de acordo com o Informe de fls. 942/953, 26.277 (vinte e seis mil, duzentos e setenta e sete) consumidores tiveram suas ligações indevidamente interrompidas em um período de apenas seis horas, no dia 12 de agosto de 2010. A agência reguladora, com capacidade técnica para apurar eventuais condutas em desconformidade com o regramento padrão na seara da telecomunicação, consignou, ainda, no Informe (fls. 937/940) referente ao PADO n. 53500,006169/2011:

5.8.4. (iv) do número de usuários à mesma ERB que lhe atende e (v) do quantitativo de usuários simultâneos on-line associados à mesma ERB (fl. 42) - Todos esses argumentos caem por terra em função dos argumentos citados em 5.8.3.. Se a ligação já estava estabelecida e o usuário não estava em movimento, como demonstrado nos autos, não há que se falar em número de usuários associados à mesma ERB e do quantitativo de usuários simultaneamente on-line (taxa de ocupação dos canais da ERB). Esse argumento só faria sentido no início da primeira chamada, mas esse argumento não prospera como justificativa da queda da chamada. Cabe à prestadora garantir a continuidade da chamada após o seu estabelecimento. Qualquer interrupção da chamada sem que a causa seja do usuário (opção 0 ou 1), é de responsabilidade da prestadora.

5.8.5. (vi) do modelo e da configuração da Estação Móvel utilizada pelo usuário, dentre outros fatores externos que porventura venham interferir no sinal (fl. 42) - Mais uma vez não prospera a argumentação da prestadora porque o lapso temporal entre a chamada interrompida e a sua continuação é de alguns segundos. Dizer que a culpa é do terminal apontando exemplos tais como mau contato entre o chip e a Estação Móvel do usuário, fim dos créditos ou fim da carga da bateria, é querer eximir-se da responsabilidade de garantir a continuidade do serviço nos termos do art. 79 do RSMP. Qualquer uma das ações apontadas como falhas do terminal não seriam solucionadas em poucos segundos (intervalo entre a chamada interrompida e a sua continuação), como demonstrado nos autos.

5.9. Diante de todo o exposto, não há dúvidas de que a prestadora infringiu a determinação contida no inciso 1 do Art. 10, e Arts. 79 e 80, do RSPM, e também infringiu Cláusula 5.1. e § 1º do Termo de Autorização PVCP/SPV 001/2001 - ANATEL no momento em que interfere na continuidade da prestação do serviço, para aqueles usuários com chamadas com duração acima de 1 hora e 20 minutos, de forma que este precisa gerar mais de uma chamada para obter o mesmo resultado que seria obtido caso a primeira chamada não sofresse queda

Superior Tribunal de Justiça

por interferência operadora.'

Assim, diante do contexto fático-probatório acima delineado, entendo configurado o dolo da empresa ré, embora se trate de responsabilidade objetiva, quanto à conduta que acarreta vício de qualidade no serviço prestado, eis que torna o serviço impróprio, por não ter a qualidade mínima legitimamente esperada, devido à disparidade entre as indicações constantes da oferta e as condições efetivamente constatadas. (fls. 1.019v11.020)" (fls. 1.301/1.309, e-STJ - grifou-se).

É de se destacar que a Terceira Turma, quando do julgamento do REsp nº 1.664.186/SP, desta relatoria, julgado em 27/10/2020, decidiu que

"(...) o dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, ocorre quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva".

E, no presente caso, essa agressão se mostra evidente, atingindo, nos termos do aludido julgado, *"um grau de reprovabilidade que transborda os limites individuais, afetando, por sua gravidade e repercussão, o círculo primordial de valores sociais".*

De fato, não é necessário maior esforço para se entender a gravidade da conduta da recorrente, que estabeleceu anúncio publicitário de alcance nacional, contendo oferta extremamente atrativa, mas não cuidou de cumpri-lo, provocando prejuízo direto a todos aqueles que aderiram ao Plano Infinity ofertado e indireto a todos os concorrentes.

Com essa prática, a recorrente conseguiu, a um só tempo, infringir as normas de proteção ao consumidor e afrontar os princípios da livre concorrência, da boa-fé e da lealdade que devem pautar a atuação da concessionária de serviço público essencial no mercado de consumo.

Assim, sendo clara a necessidade da manutenção da condenação da TIM ao pagamento dos danos morais coletivos, a questão remanescente diz respeito apenas ao valor da indenização arbitrado no caso concreto.

Nesse ponto, é de se ter presente que, em regra, a fixação do montante indenizatório é prerrogativa das Cortes ordinárias, tendo em vista a sua soberania em relação à análise dos elementos de convicção produzidos nos autos, a teor da Súmula nº 7/STJ.

E é nesse contexto que a jurisprudência consolidada só admite a intervenção

Superior Tribunal de Justiça

desta Corte Superior com vistas à adequação de valores indenizatórios nas hipóteses em que há flagrante desproporção, ou seja, *"apenas em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão"* (AgInt no AREsp 966.427/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10/12/2020, DJe 17/12/2020).

No caso concreto, a questão foi alvo de um detido debate no âmbito do TJDFT até se chegar a um valor considerado adequado à hipótese:

"(...)

No que diz respeito aos parâmetros utilizados para o arbitramento do valor indenização, estes se encontram claramente descritos no voto da Relatora que, inicialmente, havia fixado os danos morais coletivos em R\$ 15.000.00,00 (quinze milhões de reais), mas, durante o debate no colegiada majorou fundamentadamente essa quantia, seguindo assim o entendimento da maioria formada a partir da proposição do 3º Vogal:

'A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

Passa-se ao exame do valor da reparação extrapatrimonial coletiva.

Na r. sentença, o dano moral coletivo foi fixado em R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

O Informe mais recente da ANATEL acostados aos autos (fls. 954/952) indica que a ré teve receita operacional líquida em 2011 de R\$ 16.282.388,00 (dezesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois milhões trezentos e oitenta e oito mil reais), de modo que, considerando esse valor, o qual inclusive foi utilizado para a fixação da multa pelo órgão regulador, não seria exagerada a condenação imposta em sentença.

Contudo, no precedente acima colacionado, em razão de propaganda enganosa, esta Turma Cível arbitrou o valor dos danos morais coletivos em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

No caso dos autos, contudo, além da propaganda enganosa, houve ação culposa e dolosa da ré em interromper as ligações, ocasionando prejuízo aos usuários, por um lado, e lucro a ela, por outro, o que, inequivocamente, deve incrementar o valor do dano extrapatrimonial coletivo, em razão do agravamento da lesão à integridade moral da comunidade, cuja confiança em todas as prestações de serviço público restou severamente abalada.

Diante disso, considerando a publicidade enganosa e a ação culposa e dolosa de interromper as ligações dos usuários do plano Infinity, bem como o número de usuários que ultrapassa a ordem de quatro milhões, entendendo razoável e cumpridor dos propósitos da reparação de danos extrapatrimoniais

Superior Tribunal de Justiça

condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). (fl. 1.014)

'O Senhor Desembargador JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Ultrapassadas as preliminares suscitadas em sede de apelação, passo à análise do mérito recursal no que tange à indenização por danos morais coletivos.

No que se refere ao quantum indenizatório atinente aos danos morais coletivos, entendo que, embora a quantia fixada na r. sentença - R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) - mereça ser reduzida, a minoração deve ser efetuada de forma ponderada, de modo a manter o caráter pedagógico da indenização.

A Jurisprudência vem estabelecendo os parâmetros para fixação da verba indenizatória relativa aos danos morais, devendo-se mensurar, sempre que possível, a extensão do dano, a repercussão na esfera pessoal da vítima, a duração da infração, o grau de reincidência do fornecedor, a capacidade financeira do ofensor e o seu grau de culpa, embora a quantificação da indenização não possua o escopo de delimitar o valor econômico dos bens atingidos, uma vez que se trata de direito extra patrimonial.

Nesse diapasão, por se tratar de hipótese de dano moral coletivo, há que se atentar às peculiaridades da responsabilidade civil no cotejo aos direitos transindividuais, acerca da qual assim leciona o il. Hector Valverde (In: Dano moral no direito do consumidor; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014):

'Combinando os diversos aspectos do dano moral individual com as particularidades da disciplina legal dos valores transindividuais, define-se o dano moral coletivo como a injusta lesão dos direitos imateriais pertencentes à determinada coletividade, ou seja, é a violação injusta de específico círculo de valores coletivos. Dispensa-se a prova direta do dano moral coletivo, porquanto não se configura apenas com a verificação da dor da coletividade, mas presume-se em razão da demonstração do fato violador dos valores coletivos (damnum in re ipsa).

Conclui-se que os danos morais coletivos nas relações de consumo podem decorrer de variadas situações, a exemplo da publicidade discriminatória de parcela de consumidores, a venda ou exposição de produtos inseguros, a privação de serviço público essencial, o descumprimento generalizado de contrato de consumo - plano de saúde, turismo, financiamento imobiliário, dentre outros.'

A esse respeito, o col. Superior Tribunal de Justiça tem consagrado a doutrina da dupla função na indenização por danos morais: compensatória e desestimulante.

Destarte, a indenização deve ser fixada de modo a prevenir a reiteração da conduta ilícita que ocasionou o dano moral coletivo - in casu, a prestação de serviço de forma inadequada, levando os consumidores a efetuar

Superior Tribunal de Justiça

novas chamadas e a arcar com esse custo, em dissonância à oferta de chamadas por tempo ilimitado.

Por conseguinte, a quantia deve levar em consideração as particularidades do caso concreto, para que não se caracterize como apenas mais uma despesa na gestão da empresa e no custo operacional, devendo ser proporcional à reprovabilidade da conduta perpetrada no desenvolvimento da atividade empresarial.

O princípio da razoabilidade, por sua vez, é atendido ao arbitrar-se a indenização em patamar suficiente e adequado para alcançar as finalidades da parcela indenizatória e, ao mesmo tempo, não representar reprimenda excessiva, capaz de impedir o prosseguimento das atividades empresariais: pela pessoa jurídica.

Na hipótese vertente, de acordo com o Informe da ANATEL (fls. 950v), a empresa ré teve receita operacional líquida no exercício de 2011 no patamar de R\$ 16.282.388.000,00 (dezesseis bilhões, duzentos e oitenta e dois milhões, trezentos e oitenta e oito mil reais).

Constata-se, portanto, que indenização no montante de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) se mostra plenamente adequada ao desestímulo da conduta ilícita, sem caracterizar repreensão excessiva. A meu sentir, quantia inferior representaria valor irrisório, ante os expressivos valores movimentados pela empresa ré e sua capacidade financeira, obtida, inclusive, pelo acréscimo patrimonial decorrente da prática ilícita consistente na interrupção proposital de chamadas telefônicas, conforme comprovado nos autos.' (fls. 1.020v/1.021)

'O Senhor Desembargador JOSAPHA FRANCISCO DOS SANTOS - Vogal

Como bem pontuou a eminente Relatora, só no Distrito Federal a empresa teve uma lucratividade de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais). Isso foi pontuado no voto da eminente Relatora, tive acesso aos autos, o Ministério Público trouxe elementos que vieram corroborados de análise da própria Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Então, dar R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) para uma empresa que teve R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) de lucro somente no Distrito Federal, parece-me, com todo respeito a quem pensar de forma diversa, que é uma contribuição para que as empresas continuem a destratar, a desrespeitar o consumidor.' (fl. 1.022)

'A Senhora Desembargadora MARIA IVATÔNIA - Relatora

Senhor Presidente, assistí atentamente à explanação do eminente Desembargador Josahpá no tocante ao valor da indenização, a dupla função da responsabilidade civil por danos morais coletivos, mormente a função inibitória de condutas ilícitas, o que motivou Sua Excelência a fixar em R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) a condenação da sociedade empresária TIM.

Superior Tribunal de Justiça

Os argumentos apresentados por Sua Excelência, sobretudo aquele relativo à gravidade da conduta sob análise, fez com que eu revise o valor definido inicialmente em meu voto para acompanhá-lo nesse particular, haja vista que o valor de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) mostra-se mais adequado como forma de impedir que a concessionária de telefonia móvel ré volte a desenvolver essa mesma prática nociva e ilícita em desfavor de seus clientes e dos consumidores de maneira geral.

Forte nesses argumentos, reajusto meu voto para condenar a sociedade empresária TIM a pagar a quantia de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) como compensação pelos danos morais coletivos por ela causados em razão da conduta discutida nestes autos, a ser revertido ao Fundo Distrital da Lei da Ação Civil Pública, acrescidos monetariamente desde a publicação do presente acórdão e de juros de mora a partir da citação nos termos do artigo 13 da Lei 7.347/1985. No mais, mantenho o voto já proferido quanto aos demais termos. "(fl. 1.023v)" (fls. 1.309/1.313, e-STJ - grifou-se).

Logo, ponderados os critérios invocados no âmbito da Corte local, não se vislumbra uma flagrante desproporção entre o montante indenizatório fixado e a gravidade do dano imposto à coletividade de consumidores no caso concreto a justificar a necessidade da excepcional intervenção por parte deste STJ.

X) Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial, ressalvando apenas, nos termos da jurisprudência desta Corte, a possibilidade de que a publicidade da parte dispositiva da sentença da ação civil pública seja feita por meio da internet.

Não havendo condenação em honorários advocatícios na ação civil pública, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985, é inaplicável, no caso, o §11 do art. 85 do CPC/2015.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2019/0242699-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.832.217 / DF**

Números Origem: 00197108020138070001 00762184620138070001 197108020138070001 20130110762189
20130110762189REE 762184620138070001

PAUTA: 06/04/2021

JULGADO: 06/04/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ONOFRE DE FARIA MARTINS

Secretária

Bela. MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : TIM CELULAR S.A
ADVOGADO : CRISTIANO CARLOS KOZAN - SP183335
ADVOGADA : FERNANDA LOPES CORRÊA - DF037357
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Prestação de Serviços

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. CRISTIANO CARLOS KOZAN, pela parte RECORRENTE: TIM CELULAR S.A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.